

CONSTRUINDO A CONFIANÇA POR MEIO DE UM SISTEMA DE COMPLIANCE EFETIVO

LAURO ISHIKAWA¹

FRANCISLAINE DE ALMEIDA COIMBRA STRASSER²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 A ÉTICA NA DEMOCRACIA E NO MERCADO. 3 A CRÍTICA À RAZÃO UTÓPICA DO COMPLIANCE. 4 CRIAÇÃO DE UMA ESTRUTURA DE COMPLIANCE: CONFIANÇA E TRANSPARÊNCIA NO MERCADO E NA SOCIEDADE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: O artigo abordará a importância da implementação de um sistema de *compliance* no âmbito da sociedade empresária, a partir do comprometimento, desde o *board* ao *chão de fábrica*, de uma ética empresarial, verdadeiros antídotos necessários para conferir transparência na atividade privada na contratação pelo poder público. Transparência, participação da sociedade civil, consciência da função social que a empresa cumpre no cenário global, superando-se a (legítima) ambição de tão somente lucrar, e ética são fatores essenciais para fomentar e construir pilares corretos de uma sociedade, sob pena de somente engendrar utopias. A constatação de que os malefícios da corrupção podem ser obstaculizados com a imposição de sanções punitivas, de ordem civil, administrativa e penal, somado aos benefícios oferecidos às sociedades empresárias que comprovarem um efetivo programa de *compliance*,

¹ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, São Paulo; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - FUNADESP, Brasília; advogado em São Paulo. E-mail: lauro.ishikawa@unialfa.com.br.

² Doutoranda em Função Social no Direito Constitucional na FADISP/SP. Mestre em Direito Constitucional e Sistemas de Garantias e Inclusão Social pela ITE – Bauru/SP. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Unoeste, de Presidente Prudente/SP. Integrante do Grupo de Estudos “Acesso à justiça, inovação e sustentabilidade”, da Unoeste. Advogada em Presidente Prudente/SP, Brasil. E-mail: fran_coimbra_@hotmail.com. Telefone: (018) 98818-5175.

torna o programa de integridade essencial em termos de análise de custos e benefícios, notadamente por aumentar a confiança no investidor, ao difundir os valores da empresa, à medida que se reduz os riscos por evitar fraudes.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Ética Empresarial. Função Social da Empresa.

BUILDING TRUST THROUGH AN EFFECTIVE COMPLIANCE SYSTEM

ABSTRACT: The article will address the importance of the implementation of a *compliance* system within the scope of the business society, from the commitment, from the *board* to the *factory floor*, of a business ethics, true antidotes necessary to confer transparency in the private activity in contracting by the government. Transparency, participation of civil society, awareness of the social function that the company fulfills in the global scenario, overcoming the (legitimate) ambition to only profit, and ethics are essential factors to foster and build the correct pillars of a society, under penalty of only engendering utopias. The realization that the harmful effects of corruption can be hindered by the imposition of punitive, civil, administrative and penal sanctions, added to the benefits offered to business companies that prove an effective compliance program, makes the integrity program essential in terms of cost and benefit analysis, nodded for increasing investor confidence by disseminating company values, as risks are reduced by preventing fraud.

KEYWORDS: Compliance. Business Ethics. Company Social Function.

INTRODUÇÃO

É fato incontroverso que a malversação do dinheiro público pode ser configurada sob inúmeros aspectos, tendo a corrupção ocupado uma pauta de destaque no contexto global, que “deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”.³

³ NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, México: UNODC, 2003.

A corrupção afeta a sociedade como um todo: cidadãos e empresas sofrem com os efeitos deletérios na economia, seja por desvios de recursos que seriam destinados para as políticas públicas, seja na própria atividade empresarial, pela concorrência desleal ou oportunidades restritas de negócios a partir da manipulação das regras do jogo.

Combater essas distorções, fruto da corrupção, envolve esforço internacional, cuja cooperação, no âmbito das sociedades empresárias, pode se dar pela adoção de um sistema de *compliance* efetivo atrelado à boa governança.

Nesta quadra, a promoção da transparência é impositiva e uma governança corporativa sólida traz expectativa de criação de um ambiente salutar liberto do comportamento corruptivo, em que os *players* do mercado firmam seus alicerces sobre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Percebe-se com facilidade, que o assunto é amplo e impregnado de relevância prática, circunstância que, por si só, revelaria a necessidade de renovadas investigações acadêmicas.

A prevenção e a administração dos riscos da atividade organizacional são ferramentas da gestão de negócios, com o comprometimento da organização empresarial em firmar sua atividade em bases sólidas, éticas e sustentáveis.

Diante disso, este artigo se propõe a analisar a legislação em vigor – Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013⁴ –, a sua regulamentação pelo Decreto nº 8.420/2015⁵ e como devem ser colocadas pelos gestores as lentes do programa de integridade de forma efetiva.

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

A abordagem se faz sem pretensão de esgotamento, pois as construções acadêmicas nem sempre alcançam a velocidade com que as vicissitudes da realidade se apresentam ao intérprete e ao aplicador do direito, e neste aspecto, a criatividade de quem pensa e pratica o ato ilícito de forma deliberada consiste em verdadeiro desafio ao exegeta dada a infinidade de possibilidades.

Para alcançar os objetivos desejados, a metodologia utilizada no presente artigo é aplicada, qualitativa, de pesquisa exploratória e bibliográfica em livros, periódicos, e legislação pertinentes.

2 A ÉTICA NA DEMOCRACIA E NO MERCADO

A Constituição Cidadã inaugurou uma nova ordem democrática para o país, eliminando o peso autoritário do regime anterior, posto impingir logo em seu artigo inaugural que se constitui em Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, os cidadãos se reposicionaram no centro das decisões políticas como participantes e destinatários. Seria o resgate do defendido por Kant⁶, para quem o que deveria ter valor absoluto como um fim em si mesmo seria a humanidade, no aspecto de um imperativo categórico em perspectiva única e universal. Por esse entendimento, o ser racional deveria agir moralmente, sem esperar nenhuma consequência ou finalidade. O ser humano deve “escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer”.⁷

Não obstante, a construção da conduta moral pela ética deveria edificar o novo conceito de democracia, que é traçado a partir do procedimentalismo

⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

participativo, social e inclusivo, com o respeito pela humanidade em si, de modo que a formulação dos critérios democráticos não se restrinja ao ato de votar.

Ante esse reconhecimento do outro, Hinkelammert⁸ ensina que não se pode pensar em utopias ingênuas, mas no que é possível fazer, sem perder o enfoque no respeito ao ser humano, satisfazendo as suas necessidades básicas. Para esse autor, assegurar a vida real e concreta é o ponto de partida para avaliar a legitimidade de qualquer conteúdo. Assim, somente objetivos que estejam ligados a algum projeto de vida são aceitáveis. A depender do acesso a bens materiais, divisão social, as possibilidades de viver podem ser mais ou menos amplas, já que o manejo desses fatores é que resulta na integração ou na exclusão social: se uns poucos acumulam, muitos terão sua possibilidade de vida inviabilizada: “Para viver é preciso saber viver. E, para isso é preciso ampliar um critério de satisfação das necessidades à escolha dos fins. Sendo o sujeito, um ser natural, essa satisfação e necessidades tem raiz insubstituível, que se baseia na própria natureza humana”.⁹

Sem embargo, a pessoa vive para satisfazer suas necessidades. Aquele que pode satisfazer nos termos de suas preferências tem maior margem de liberdade, mas, necessariamente, essa margem é parte subordinada e derivada. Se há necessidades, as preferências ou gostos não podem ser o critério de orientação em relação aos fins. O critério só pode ser constituído pelas necessidades: “A satisfação das necessidades torna possível a vida; a satisfação das preferências a torna agradável. Mas para que ela possa ser agradável, antes tem que ser possível”.¹⁰

Assim, à luz das necessidades, há a possibilidade de viver, ao passo que, à luz das preferências, trata-se apenas de viver em níveis diferentes, para melhor ou para pior.

Em face dessas possibilidades, a sociedade civil organizada do novo milênio deveria compor-se de sujeitos que se relacionam em rede, em torno de

⁸ HINKELAMMERT, Franz. **Crítica à razão utópica**. Tradução: Álvaro Cunha; revisão H. Dalbosco. São Paulo: Ed. Paulinas, 1988.

⁹ Ibidem. p. 266.

¹⁰ Ibidem. p. 267.

valores, objetivos ou projetos comuns, de modo que espaços sociais democráticos de governança sejam criados com a expansão da participação cidadã e o aprofundamento da autonomia relativa de atores sociais em intervenção contínua e periódica que incorporem o verdadeiro sentido da participação democrática.

Isso porque a cidadania coletiva ínsita a um regime democrático efetivo é instituída pela nova forma de fazer política nos movimentos sociais, nas associações, nas fábricas, nos conselhos comunitários, nas comunidades religiosas, nas instituições sociais e nos órgãos colegiados. Espaços públicos em que a cidadania floresce têm a participação democrática, seja nas tomadas de decisão, na solução de problemas, na descentralização de competências ou no desenvolvimento de sistemas de controle sobre o Estado.¹¹

Nesse contexto, a empresa apresenta-se como um dos principais agentes transformadores da economia, pois atua no regime de livre mercado, comprando, vendendo, contratando em ambiente de trocas contínuas: o mercado. A empresa, para Hinkelammert¹², é um mecanismo de funcionamento desse mercado, em que o Estado é o fiador do funcionamento da “máquina administrativa”.

Por outro lado, adverte Perlingieri¹³ que a sociedade atual globalizada não se compõe de objetivos comuns, na perspectiva da cidadania coletiva, mas reduz-se somente ao mercado e suas regras, pela perseguição da riqueza e da distribuição, levando à desordem de mercado.

Para Hinkelammert¹⁴, essa lógica destruidora se manifesta também no nível político:

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico** – fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

¹² HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus DIREITOS HUMANOS**. Tradução: Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Organizadora: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁴ HINKELAMMERT, Franz. op. cit. p.179.

[...] a absolutização da relação mercantil não só ameaça as bases de sustentação da vida em todas as suas formas, como também, por meio da configuração de um poder econômico mundial de caráter extraparlamentar e não submetido ao controle público- o poder das burocracias privadas, minou a própria democracia liberal, transformada em mero correlato político do mercado como instituição econômica.

A busca desenfreada do lucro – o adjetivo se faz necessário, pois é legítima a obtenção de lucro – , faz com que os atores econômicos se pautem em satisfazer seus próprios interesses, seja pela dissimulação para obter vantagens, na lógica do menor custo e maior benefício, seja pelo oportunismo e busca ardilosa em açambarcar a preferência nas contratações públicas de forma ilícita.

Nessa desordem de mercado, cujas liberdades de iniciativa e de concorrência irradiam como princípios da ordem econômica, oportuniza-se a ilicitude nas contratações públicas, verdadeiro ato corruptivo, cujo conceito não está ainda bem definido dada a multiplicidade de possibilidades na configuração da corrupção (o art. 317 do Código Penal dispõe sobre a corrupção passiva da seguinte forma: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”¹⁵).

O problema é tão macro e sem fronteiras, que o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), em relatório de 2016, afirma que os custos da corrupção superam 5% do produto interno bruto (PIB) global e chegam a mais de US\$ 2,6 trilhões por ano:

A avaliação é da Transparência Internacional, organização que aponta ainda que, em países em desenvolvimento, a corrupção no setor de construção custa 18 bilhões de dólares anualmente. De acordo com o Fórum Econômico Mundial, o mesmo segmento gera, no planeta, 8 trilhões de dólares anuais em lucros. Até 2030, esse índice deve alcançar a marca de 17,5

¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

trilhões, mas, por ano, de 10% a 30% desse montante se perde devido a atividades ilegais. O programa das Nações Unidas também ressalta que até 80% de fundos públicos de saúde nunca chegam aos centros de atendimento, segundo dados do Banco Mundial, por causa da corrupção.¹⁶

A ONU destaca que a corrupção trava o cumprimento da Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), conjunto de 17 objetivos e 169 metas aprovadas pelas Nações Unidas em 2015, com prazo para implementação até 2030, e que todos devem enfrentar a responsabilidade de eliminar a corrupção.

Para esse problema macro, um antídoto para a corrupção, segundo Cortina¹⁷, é a ética da razão cordial, fundamentada no reconhecimento recíproco dos que se sabem e se sentem dignos e, ao mesmo tempo, vulneráveis, conjuntamente construtores de um mundo que devia estar a seu serviço. No âmbito empresarial, a autora ensina que a ética deve ser acoplada com a responsabilidade social para formar o núcleo petrificado da empresa:

Como ferramenta de gestão deve formar parte do núcleo duro da empresa, da sua gestão básica, não ser algo mais, não ser uma espécie de esmola adicional, que convive tranquilamente com baixos salários, má qualidade de produtos, empregos precários, exploração e violação dos direitos básicos. A boa reputação se conquista com boas práticas e não com um marketing social que funciona como maquiagem de um rosto pouco apresentável. E convém lembrar que tudo o que deve ser parte do núcleo duro da empresa afeta seu *ethos*, seu caráter, não é uma aquisição pontual que vale por um tempo, mas sim deve se transformar no caráter interno da empresa. Disso justamente trata boa parte da ética, do caráter que é preciso assumir dia a dia, que dura não apenas um instante, mas sim em médio e longo prazo. A responsabilidade social tem que

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, México: UNODC, 2003.

¹⁷ CORTINA, Adela. Ética de la sociedad civil: ¿Un antídoto contra la corrupción? *In*: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (coords.). **La corrupción política**. Espanha: Alianza Editorial, 1997, p. 253-270.

formar parte indispensável da vida empresarial, porque há de incorporar-se à sua essência, transformando-a internamente.¹⁸

Dessa forma, a ética deve acompanhar a atividade humana, pois não há nenhuma atividade humana que não tenha de ser ética. Vázquez¹⁹ define como “um conjunto sistemático de conhecimentos racionais e objetivos a respeito do comportamento humano moral, melhor dizendo, é a teoria ou ciência do comportamento moral do homem em sociedade”.

Todas as atividades humanas, conforme Aristóteles²⁰, tendem a um fim, a uma meta, e, como cada atividade tem uma finalidade, a ética tem a finalidade de conseguir essa meta da maneira mais justa e razoável possível: “Toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito visam a algum bem: por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam [...]”. Portanto, deve-se dizer não à ética dominante nesse sistema de mercado, que é a utilitarista, inspirada apenas nas inovações tecnológicas, nos interesses financeiros ou nas concepções políticas da parte, ou ao menos criar espaços efetivos de discussão para repensá-la

Ao discorrer sobre a autonomia do Direito Econômico, com a autoridade que marca sua doutrina, Fábio Nusdeo explica a posição de F. C. Jeantet, para quem “a norma de Direito Econômico não resulta habitualmente de um consenso, mas da vontade do poder público: não tem pois a Ética por fundamento, mas a tecnocracia. Daí o conflito latente que o acompanha: a extensão dos poderes governamentais contra a defesa dos direitos dos indivíduos”.²¹

¹⁸ CORTINA, Adela. Ética de la Empresa: No sólo Responsabilidad Social. **Revista Portuguesa de Filosofia**. 65 (1/4), p. 113-127, 2009.

¹⁹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 7. ed. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p.12.

²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, 1999. p.17.

²¹ NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p.413.

O mercado, ressalta Perlingieri²², apesar de estar baseado na lógica da troca, ou seja, apto para aqueles recursos que são vendáveis, a um preço adequado, deve conter algo que é inerente ao homem porque é homem: “o ser humano deve ser sempre um fim e nunca um meio, um sujeito e nunca um objeto, nem um produto de mercado”.

Para que possa se empenhar na realização dos fins fixados pela Constituição, relativos aos direitos sociais, a empresa contemporânea deve temperar sua busca pela lucratividade, visto que seu objetivo fundamental é o lucro, pela função social da empresa.

Nesse sentido é a lição de Tavares²³, quando afirma que a empresa tem relevante função social, pois cria empregos e rendas e, dessa forma, contribui para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico do país. Acrescenta que, além de observar tais regramentos, a empresa “não pode operar sem zelar pelos benefícios coletivos constitucionalmente previstos”²⁴, como: a busca desenfreada por lucro, que não respeite outros valores constitucionais; a concretização da busca do pleno emprego; e a preocupação com a garantia do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente.

O bom funcionamento empresarial, portanto, arrecada fundos para o Estado, por meio de tributos, presta serviços à comunidade, mobiliza a economia de mercado e contribui, em maior ou menor escala, para o desenvolvimento nacional, especialmente considerando que o mercado se encontra fortemente interligado.

Para Lauro Ishikawa, “a cultura do bom governo público e privado é essencial para o desenvolvimento sustentável do país, encontrando fundamento

²² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Organizadora: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.513.

²³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

²⁴ *Ibidem*. p. 106-107.

na instituição de Estado Democrático de Direito a ser concretizado nos princípios informadores da Administração Pública”.²⁵

O que se impõe é que a empresa concilie seus interesses particulares com os interesses coletivos ou sociais, constitucionalmente avalizados. Um novo modelo, portanto, deve emergir para a construção da confiança nas sociedades empresárias pela mobilização de todos os participantes, não somente no plano político pelo voto, mas também no campo econômico, pela adoção de programas de integridade ou *compliance*, que imprime lealdade nas relações entre as partes.

3 A CRÍTICA À RAZÃO UTÓPICA DO COMPLIANCE

Compliance é definido como um “conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que uma vez implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude de seus funcionários”.²⁶ Deriva do verbo to comply, que significa agir de acordo com o direito, com as regras preestabelecidas.²⁷

Essas diretrizes devem ser seguidas pelas empresas como forma de evitar fraudes, no combate à corrupção. Entretanto, as sociedades empresárias não devem deixar somente no papel tais programas e códigos de conduta, tampouco o compliance como reforço da boa governança e à transparência da gestão empresarial.

²⁵ ISHIKAWA, Lauro. Compliance e Responsabilidade Social: a dimensão da extensão na formação acadêmica do profissional do direito. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 359-379, jul./dez. 2019. p.368.

²⁶ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360°**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012. p.30.

²⁷ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coords.). **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

Coimbra e Binder²⁸ asseveram que a finalidade desse programa é tornar possível a diminuição de práticas criminosas nas empresas a partir de um conjunto de valores e princípios que orientam e compõem a cultura corporativa da empresa integrante pela manutenção do controle interno e amenização dos riscos de corrupção.

Veríssimo²⁹ complementa que os objetivos, além de preventivos, são reativos. Preventivos, pela precaução de infrações legais; reativos, pois impõem à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, e por adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso:

O aspecto reativo do *compliance* se revela no momento em que ocorre algum evento que demanda investigação, busca elementos de prova, preparação de uma defesa perante autoridades regulatórias ou de aplicação da lei penal, assim como a gestão do impacto do descumprimento normativo ou do escândalo na reputação da empresa.^{30 31}

O *compliance* nasceu nos Estados Unidos por meio de uma lei conhecida como *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, num contexto em que empresas norte-americanas pagavam propinas a funcionários estrangeiros de

²⁸ Idem.

²⁹ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁰ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 92.

³¹ Veríssimo (2017) ainda complementa citando Volkov (2015): os programas de *compliance* têm duas funções principais: 1) promover uma cultura positiva, ética na empresa, construindo a marca, aumentando os lucros e o orgulho dos empregados em fazer parte dela. Isso tem aspectos externos também, pois constrói a confiança nos consumidores, fornecedores mídia, projetando uma boa imagem no mercado, aumentando sua atratividade para investimentos; 2) proteger as empresas de riscos que vão além das investigações e ações penais e trazem abalo à imagem e ao valor das ações da empresa no mercado, afetando, ainda, a cultura da empresa como um ativo que promove o comportamento ético dos altos executivos, dos gerentes e dos empregados.

vários países aliados, o que tornou ilícita a prática de subornos para facilitar o comércio com os países estrangeiros.^{32 33}

O resultado dessa lei pôs as empresas norte-americanas em desvantagem no cenário internacional, pois os demais países não aderiram ao sistema novo. Houve, então, a concretização de novos acordos internacionais, o que causou a aderência de muitos países a esse sistema de compliance, como Alemanha, Espanha e Estados Unidos, de tal sorte que cada país seguia seu próprio regramento (SOARES, 2015).³⁴

Para Abreu:

A expressão corresponde à inglesa “corporate governance”. Que é usada muitas vezes também em países não anglófonos - além de outras razões, quer por dificuldades de tradução, quer porque o debate respectivo é internacional e tem matriz nos EUA. Sendo, contudo, preferível a utilização do termo governança das sociedades, uma vez que a terminologia governo nos remete a uma ideia de poder político executivo, enquanto que governança perpassa, em campo semântico, por uma ideia de controle societário (a par da administração).³⁵

O primeiro código de boas práticas de governança corporativa é o *Relatório Cadbury*, de 1991, da Bolsa de Valores de Londres, em que consta que a responsabilidade de diretores perante os acionistas da companhia decorre do fato de estes serem os proprietários da empresa, os quais elegem aqueles para

³² CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (coord.). **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

³³ Um dos casos emblemáticos dos escândalos norte-americanos foi o da empresa Enron, ocorrido no ano de 2001. Esta empresa de energia e comunicações é uma das maiores do mundo. Naquele ano, decretou falência após a deflagração de inúmeras falsificações dos seus balanços contábeis praticadas pela sua administração. Outro caso subsequente que demonstra a gravidade da questão ocorreu no ano seguinte com a empresa WorldCom, gigante do ramo das telecomunicações que esteve próxima de decretar falência, uma vez que foram comprovadas pela justiça norte-americana fraudes e manipulações em grande escala de resultados financeiros.

³⁴ SOARES, Leonela Otilia Sauter. Compliance e Direito Penal: responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado. Porto Alegre. 2015.

³⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Governança das sociedades comerciais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p.8.

gerir o negócio em seu lugar, sob a responsabilidade pelo seu progresso. O enfoque, então, seria reforçar a responsabilidade do quadro de diretores para com os acionistas.³⁶

Em 2008, com a crise nos Estados Unidos,³⁷ o setor bancário ofereceu créditos sem garantias suficientes, o que obrigou o presidente Barack Obama a decretar o *Dodd-Frank Wall Street*, legislação da reforma financeira que pretendia amenizar os riscos do sistema financeiro.

O *compliance* no cenário internacional foi divulgado como estratégia de controle da corrupção, como é o caso da comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu sobre combate à corrupção, em cuja introdução consta a seguinte advertência:

Quatro em cada cinco cidadãos da UE consideram que a corrupção constitui um problema grave no respectivo Estado-Membro. [...]. É verdade que este não é um problema recente e que nunca será possível erradicar totalmente a corrupção das nossas sociedades, mas é sintomático que a pontuação média da UE27 no Índice de Percepção de Corrupção da *Transparency International* só tenha conseguido registrar melhorias muito ligeiras nos últimos dez anos.³⁸

Ademais, em 2003, a Convenção de Mérida, em seu art. 12º, dispôs que:

³⁶ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁷ A respeito dessa crise em 2008, Stiglitz (2010) explica que, em outubro de 2008, a economia norte-americana estava em queda livre, a arrastar toda a economia mundial com ela. Antes, já havia passado pelo colapso da bolsa de valores, contratações de crédito, debilidades no mercado habitacional e ajustes de estoques. Mas, desde a Grande Depressão, nunca todas essas coisas tinham acontecido ao mesmo tempo. E nunca as nuvens da tempestade se moveram tão rapidamente sobre o Atlântico e o Pacífico, ganhando força à medida que se deslocavam. Mas, para que tudo isso estivesse ocorrendo ao mesmo tempo, havia uma razão: os empréstimos insensatos do setor financeiro, que alimentaram a bolha habitacional que acabou por romper-se. As chamadas inovações financeiras haviam possibilitado o crescimento ulterior da bolha até que esta explodisse e tornaram mais difícil desemaranhar os destroços depois da explosão.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social Europeu** – Luta contra a corrupção. Bruxelas: Comissão Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52011DC0308>. Acesso em 27: nov. 2019.

Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.³⁹

A ISO 19600: 2014 também deve ser citada por ser um documento internacional que define *compliance* como o cumprimento de todas as obrigações de uma organização, enquanto o *non-compliance* ocorre pelo não preenchimento de uma obrigação de *compliance*. E a ISO 37001: 2016 detalha as boas práticas de *compliance* anticorrupção, sendo aplicável a quaisquer organizações, sejam públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, em todos os setores.⁴⁰

Ademais, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmou em dezembro de 1997, entre seus Estados Partes – o Brasil é signatário –, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. O art. 2º desse instrumento dispõe sobre a obrigatoriedade de cada Estado-Membro adotar medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos. O Brasil aderiu ao referido tratado a partir da publicação do Decreto nº 3.678/2000, assumindo todas as obrigações ali mencionadas, inclusive a prevista no art. 2º.

Assim, a OCDE passou a avaliar o Brasil (em 2004, 2007, 2010, 2014 e 2019), diagnosticando a falha do sistema jurídico interno por não prever uma norma de responsabilização de empresas pela prática de suborno transnacional. No entanto, no relatório de 2010, a recomendação foi veemente, impondo, de certo modo, que a obrigação fosse cumprida até a próxima avaliação, marcada para 2014. Foi então que se propôs o Projeto de Lei nº 6.826, que serviria como

³⁹ NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, México: UNODC, 2003.

⁴⁰ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

base ao texto normativo da Lei Anticorrupção. Com o afã de dar uma resposta rápida aos movimentos sociais de 2013, assim como de cumprir a obrigação perante a OCDE que seria objeto de nova avaliação iminente, o Congresso Nacional acelerou (e muito) o processo legislativo, aprovando o texto que viria a se tornar a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção,⁴¹ que ainda previu um prazo de 180 dias para entrar em vigor (*vacatio legis*).

O *compliance* veio como o topo da governança corporativa, com o objetivo de garantir a conformidade com as normas e leis vigentes, sejam elas internas ou externas às sociedades, e buscar o fortalecimento da ética, de controles e da transparência nas operações realizadas.

Essa lei trata, em seu art. 1º, da “responsabilização objetiva administrativa e civil de empresas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”⁴², e, em seu art. 5º, pune os corruptores, quais sejam: quem corrompe agentes públicos, que praticam atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, atos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos nacionais assumidos pelo Brasil.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013, listam-se o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e a rigidez das sanções. Todavia, o primeiro inconveniente está relacionado ao objetivo principal da lei, que é controlar a corrupção e outros atos lesivos.⁴³

⁴¹ Veríssimo (2017, p. 89) afirma que o termo *compliance* já foi incorporado ao vocábulo jurídico brasileiro e causou grande repercussão no julgamento da Ação Penal nº 470/MG, no STF, em que condenados dirigentes do Banco Rural pela prática de crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira.

⁴² BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴³ Veríssimo (2017, p. 170-171) ressalta que, no que tange ao acordo de leniência, em 2016, no âmbito da Operação Lava-Jato, as empresas Odebrecht e Braskem S/A formaram acordos de leniência, comprometendo-se a pagar entre 3,5 bilhões e 4,5 bilhões de dólares em razão do continuado pagamento de propinas a funcionários públicos de todos os níveis, em países de três continentes. Esses valores não têm paralelo na história da repressão à corrupção doméstica e à corrupção internacional, superando, o maior acordo até então firmado com a empresa alemã Siemens, que havia alcançado o patamar de 2,5 bilhões de dólares em 2008. Nesse que é o maior caso de corrupção já apurado, as empresas Odebrecht e Braskem comprometeram-se a revelar fatos ilícitos apurados em investigação interna praticados na Petrobras e em

Como adverte Veríssimo⁴⁴, o envolvimento de agentes públicos facilita a infiltração da corrupção nas altas esferas da administração. Assim, o art. 8º da lei dispõe que:

A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.⁴⁵

O risco jurídico seria, então, o enfeixamento do gestor público na responsabilização administrativa da pessoa jurídica parceira da administração, ou seja, é possível que a própria autoridade legitimada pela lei esteja envolvida nos atos delituosos, o que faria que se omitisse de instaurar o procedimento.

Outro inconveniente citado por Veríssimo⁴⁶ para o administrado, quando a empresa mantém relações com diversos municípios, e o processo administrativo pode ser instaurado perante todas essas esferas. Qual seria então a garantia de que o que fora estabelecido no acordo seria respeitado nas outras esferas da administração? Provoca-se, assim, insegurança jurídica para os administrados.

Como se não bastasse, os programas de *compliance* têm um custo, de maneira que as empresas de pequeno porte adotam medidas mais simples de combate a fraudes. No caso de empresas maiores, o programa de *compliance* é implementado em sua totalidade, mesmo assim, em todos os casos, carece de efetividade:

outras esferas do poder, envolvendo agentes políticos de governos federal, estaduais, municipais e estrangeiros. Além disso, em razão de acordos firmados, comprometeram-se a cessar completamente o envolvimento nos fatos ilícitos que revelaram, além de tomar medidas especiais, a fim de evitar a repetição de condutas semelhantes.

⁴⁴ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. opit cit.

⁴⁶ VERÍSSIMO, Carla. op. cit.

Quanto maior a empresa, mais complexa é a tarefa de incorporar um sistema de cumprimento normativo. Entretanto, não se deve perder de vista, na execução os objetivos centrais de um programa evitar a prática de infrações legais e detectar aquelas, que apesar das medidas de prevenção tenham ocorrido.⁴⁷

Também deve ser ressaltada a questão de ser *soft law*, numa razão utópica, pois, se o objetivo é combater a corrupção, a lei não evita que os delitos sejam cometidos, pois não tem caráter de *hard law*. Tanto é que o fato de ser *soft law* não escapou aos avaliadores da OCDE quando em visita ao Brasil para o cumprimento da Convenção citada alhures, os quais manifestaram preocupação com a efetivação do programa.⁴⁸

Beccaria⁴⁹ leciona que o melhor é prevenir os delitos, em vez de punir quem os comete. E Bentham⁵⁰ aperfeiçoa essa ideia, quando afirma que o direito realmente previne danos quando valer a pena utilizar a punição com esse objetivo. Para ele, a soma de motivos que levam o agente a cometer os delitos está condicionada a custos e benefícios, o que seria a teoria da escolha racional.⁵¹

Becker⁵² acrescentou à teoria da escolha racional a teoria econômica do crime, a partir de uma ideia de racionalidade no comportamento criminoso: praticar-se-á o crime se a utilidade esperada com a conduta ilícita, levando em consideração o ganho e a chance de ser descoberto e punido, exceder sua utilidade, caso ele não pratique o delito.⁵³

⁴⁷ Ibidem. p.276.

⁴⁸ VERÍSSIMO, Carla. opit cit.

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano:Arnoldo Mondadori, 1991.

⁵⁰ BENTHAM, Jeremy. **Principes of legislation: of the limits of the Penal branch of jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵¹ GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção: teoria e evidências**. Uma aplicação ao Setor de Obras Rodoviárias no Rio Grande do Sul. 2003. 361p. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

⁵² BECKER, Gary. The economic way of looking at life. Nobel Lecture, Deecember 9, 1992. Departement of Economics, University of Chicago, Chicago, IL. 60637, USA p. 38-58, p.38. apud VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵³ Veríssimo, citando Becker (1992), transcreve: “o custo do crime é uma função de p. P é a relação dos crimes esclarecidos e punidos em consideração ao número total de crimes praticados, ou seja, é a

Transportando essa teoria para a Lei Anticorrupção: como não há a disposição de penas de prisão, a lei não incute nos indivíduos o temor de cometer os delitos, ou seja, a efetiva sanção não ocorre, e por consequente não salvaguarda os ideais democráticos, que são caros.

Por essa análise, conclui-se que a teoria de Bentham, complementada por Becker, tem razão porque a ameaça de punição administrativa e civil não é suficiente para adotar o *compliance* pela baixa efetividade, que não se deve aquiescer pela sociedade democrática, sob pena de engendrar utopias de combate à corrupção.

Deve, pois, ser promovida pelo país a sustentabilidade corporativa, com o comprometimento da liderança da empresa contra a corrupção em todas as suas formas.

Sustentabilidade corporativa, pois refere-se à combinação de três fatores: resultado econômico financeiro, social e ambiental (*Triple Bottom Line*).⁵⁴

Assim, com essa combinação, as empresas incorporarão às suas ações condutas que engrandecerão a vida das pessoas no âmbito dos seus respectivos cargos de trabalho, aumentará o sentimento alheio de pertencimento e de inclusão a partir de produtos, serviços e ideias anticorrupção.

O que não pode ser admitido é que o *compliance* seja reduzido a uma mera recomendação, um *soft law*, desprovido de uma sanção correspondente e sem efetividade no seu cumprimento. *Soft law*⁵⁵ significa algo que não é obrigatório, é genérico e flexível. Logo, se o *compliance* emprega obrigações de transparência, será preferível que a lei seja *hard law* de modo que as empresas

probabilidade geral de que um crime seja descoberto, investigado e punido por um pena imposta numa condenação”.

⁵⁴ DOMENEGHETTI, Daniel. **Ativos intangíveis**: como sair do deserto competitivo dos mercados e encontrar um oásis de valor e resultados para sua empresa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁵⁵ Segundo Ana Sílvia Falcão Mestre Efigénia (2015), “O aparecimento da *soft law* não tem um marco temporal claro, muito embora se verifique que o termo tenha sido empregue primeiramente em 1930 por MCNAIR, para designar os princípios abstratos, em oposição ao direito concreto, *opérateur* (ARNOLD MCNAIR, The functions and deferring legal character of treaties, British Year Book of International Law, 1930, p. 100). Entretanto o início do debate doutrinário ocorre entre os anos 70 e início dos anos 80, vide PROSPER WEIL, Vers une normativité relative en droit international. RGDIP, 1982, Tomo LXXXVI, p. 5-47”.

fiquem sujeitas a um conjunto de regras rígidas, indispensáveis para a boa governança, sob pena de engendrar utopias a respeito do combate à corrupção.⁵⁶

4 CRIAÇÃO DE UMA ESTRUTURA DE COMPLIANCE: CONFIANÇA E TRANSPARÊNCIA NO MERCADO E NA SOCIEDADE

Fabio Nusdeo afirma que a governança empresarial se configura como um novo conceito que não elimina “o pressuposto hedonista, mas o refina e o torna muito mais complexo”.⁵⁷ A maximização do lucro, na concepção de que a empresa era uma caixa preta, conforme o Autor:

(...) revela-se, hoje, um tanto simplista e vem provocando, de há alguns anos para cá, sobretudo nos Estados Unidos, no Japão e na Alemanha, um movimento acadêmico de estudos e pesquisas voltado a *abrir a caixa preta*, ou seja, a conferir como, realmente, agem e decidem as unidades empresariais, sobretudo as de maior porte. Seria somente a maximização do lucro a contar nesse processo decisório? Seria o lucro o seu único parâmetro? Os resultados de tais estudos e pesquisas indicam que não. Mas isto não implica relaxar-se o pressuposto hedonista. Apenas ele se manifesta por um conceito mais amplo ao qual se deu o nome de *corporate governance* que pode se traduzir por *governança empresarial*. Segundo ele a empresa moderna não pode – e normalmente não o faz – pensar apenas em maximizar uma única variável, o lucro, mas sim procurar maximizar uma função complexa na qual entram diversas variáveis, das quais a mais importante, a longo prazo, continua sendo o lucro, mas não necessariamente o máximo, mas sim aquele compatível com as demais variáveis. Entre essas variáveis estão aquelas ligadas ao *meio ambiente* onde está localizada a empresa.⁵⁸

⁵⁶ EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre. O princípio “comply or explain” e a “soft law”. **Revista Eletrônica do Direito**, n. 1, 2015. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/5_666.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁵⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p.262.

⁵⁸ NUSDEO, Fábio. op. cit. p. 260.

A complexidade das relações internas e externas, nelas considerados os stakeholders, e as novas exigências por parte do Poder Público na contratação das sociedades empresárias para a consecução das funções que somente podem ser executadas pela empresa privada, revela a necessária aquisição de nova tecnologia capaz de fazer frente a essas novas demandas. Ademais, a transparência nas relações com o Poder Público ultrapassa o âmbito interno da atividade empresarial ou da própria Administração Pública, alcançando, praticamente em tempo real, o conhecimento público.

Assim, para delimitar uma estrutura de *compliance* a ponto de construir a confiança necessária e a transparência que deve imperar num sistema de *compliance* efetivo, faz-se mister estabelecer regras claras, com delimitação de cada tarefa na empresa.

Nesses casos, a experiência estrangeira, em especial de tradição da common *law*, uma pessoa deve ser encarregada do funcionamento do programa de *compliance* e deve prestar contas à direção da empresa. Seria o *compliance officer* (oficial de cumprimento). E, caso exista um departamento específico na empresa integrado por profissionais especializados, o chefe desse departamento é conhecido como *chief compliance officer* (CCO), que fica encarregado de detectar as irregularidades e de se comunicar com os organismos de controle interno.

Não obstante, conforme adverte Veríssimo⁵⁹, mesmo nos casos em que haja o CCO, os dirigentes da empresa não estarão liberados de suas responsabilidades, pois conservam os deveres de vigilância sobre os subordinados. Isso porque, nesse caso, o empresário passará a desempenhar um papel de superior passivo, isto é, deverá manter um grau de comunicação com aqueles que executam as tarefas de controle e vigilância.

⁵⁹ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

Ademais, os dirigentes deverão criar um código de ética no desempenho das funções de forma que cada um tenha conhecimento sobre o que deve fazer na empresa, o que gera uma consciência de comportamento correto. “Toda a política do *compliance* deverá ser documentada de uma linguagem simples, para que todos os empregados consigam compreender seus princípios e objetivos”.⁶⁰

Uma vez elaborados o Código de Ética e o Plano de Prevenção do Crime, é necessário torná-los conhecidos na organização por meio de treinamento. Ademais, a empresa precisa planejar o que será feito no caso da ocorrência de ilícitos, se terá o CCO em sua empresa ou quem vai investigar. “Devem ser estabelecidos canais adequados para que o fluxo de informações se faça de tal maneira que, de um lado, seja possível uma aspiração independente e, de outro, respeite-se os direitos fundamentais do investigado”.⁶¹

Também deverão ser previstas as medidas punitivas, no caso da ocorrência de violações às regras do *compliance*. Veríssimo⁶² sugere iniciar com uma repreensão verbal, passando para uma advertência por escrito até a demissão do empregado, sempre respeitando a proporcionalidade. O fundamental é verificar se o ato cometido não poderia ter sido evitado pelo melhor programa de *compliance*, ou se se trata de um programa de *compliance* no “papel”.

Essa preocupação se acentua, como já referido, quando a empresa tem relacionamento com a administração pública, caso em que estratégias devem ser traçadas para a efetividade do programa.

Veríssimo⁶³ ressalta, citando o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o critério fundamental para julgar a efetividade do programa:

Procuradores devem procurar determinar se o programa de compliance de uma corporação é meramente um programa de

⁶⁰ Ibidem. p. 293.

⁶¹ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 296.

⁶² VERÍSSIMO, Carla. op. cit.

⁶³ Idem.

“papel”, ou se ele foi desenhado, implementando, revisto e revisado, como apropriado, de uma maneira adequada. Ainda, os procuradores devem determinar se a empresa alocou pessoal suficiente para auditar, documentar, analisar e utilizar os resultados dos esforços de compliance. Os procuradores devem ainda, determinar se os empregados da empresa estão adequadamente informados sobre o programa de compliance e se estão convencidos do comprometimento da empresa para com esse programa. Isto irá possibilitar ao procurador tomar uma decisão fundamentada sobre se a empresa adotou e implementou um programa efetivo que, quando consistente com outras políticas federais do sistema criminal, pode resultar numa decisão de processar apenas os empregados de agentes da empresa ou de mitigar as sanções a serem impostas contra a empresa.⁶⁴

Dessa forma, um programa efetivo de *compliance* é aquele que identifica e avalia adequadamente os riscos da prática de delitos, conseguindo preveni-los e evitá-los em grande medida.

A avaliação da efetividade de um programa de *compliance* pode ocorrer no curso do cumprimento de um acordo de leniência, que tenha imposto a sua adoção, implementação ou melhoria. Para isso, conforme sugere Veríssimo⁶⁵, poderiam ser adotados os monitores de *compliance* empresarial, assim como ocorre nos Estados Unidos: “São profissionais que atuam, voluntariamente, mantendo uma relação continuada com a empresa monitorada; a reputação profissional é um dos fatores que determinam a sua escolha e motivação para o trabalho”.

Para estimular a adoção do *compliance*, deve-se passar necessariamente pelo aumento da probabilidade de punição (aumentar o custo do crime) e pelo aumento dos benefícios oferecidos (como a real possibilidade de a empresa não ser processada, se forem dotadas medidas razoáveis para prevenir o delito, além de ações que tenham colaborado espontaneamente com as autoridades públicas).

⁶⁴ Ibidem. p. 317-318.

⁶⁵ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 339.

Nesse viés, além do regime administrativo e civil, deve haver ameaça crível de punição, ou seja, sob pena de não se inculir o verdadeiro temor nas pessoas jurídicas. Tomando por base o direito estrangeiro – direito espanhol –, há a responsabilidade da pessoa jurídica, que será exigível ainda que não seja identificada a pessoa física ou não tenha sido possível dirigir o processo contra elas.⁶⁶

Tramita o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (PLS 236/12)⁶⁷, que estabelece, nos seus arts. 41 a 44, a reponsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado pelos crimes praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente. Existem vários questionamentos doutrinários contra a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque a Constituição Federal não repele, mas também não admite expressamente a responsabilidade penal. Contudo, disciplina de forma expressa os casos de crimes ambientais.⁶⁸

Dessa forma, com o criminal *compliance*, a equação da inadequação do sistema de *compliance* fica alterada, pelo incremento da probabilidade de punição como antídoto à prática de ilícitos.

A partir da nova realidade que a empresa privada está envolta, a implementação de um programa de integridade efetivo – em que todos estão comprometidos, desde o board passando por toda a estrutura organizacional até o chão de fábrica – torna-se fundamental, especialmente, quando se tratar de contratar com o Poder Público, este dotado de legitimidade para estabelecer exigências com a finalidade de obter transparência e garantir o cumprimento do

⁶⁶ CONTROL CAPITAL.NET. **El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas em Españã vía LO.** 2015. Disponível em: <https://www.controlcapital.net/noticia/3212/repositorio/el-nuevo-regimen-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-espana-via-lo-1/2015.html>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁶⁷ BRASIL. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei do Senado PL 236/2012.** Altera o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404?debug=true>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁶⁸ O art. 225, § 3º, da Magna Carta assim dispõe: § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

exercício constitucional de fiscalizar, incentivar e planejar (CF/88, art. 174), com vistas ao desenvolvimento nacional equilibrado (§1º).

Como se percebe, segundo Fabio Nusdeo:

O Estado moderno, portanto, deixa de “intervir” na vida econômica para, pura e simplesmente, nela atuar como um seu agente habitual, natural e necessário. E o faz movido por duas ordens de motivações para suprir ou atenuar as inoperabilidades do mercado e para implementar os objetivos nacionais de política econômica. Ambas essas demandas são permanentes e constantes, donde permanente e constante será a presença estatal, variando apenas em sua extensão e em sua intensidade.⁶⁹

A mudança de paradigma é notória. A empresa deixou de ser ficcional, como ensina Miguel Reale, onde “o emprego da categoria de *persona*, cuja origem sabidamente se prende às representações teatrais, correspondendo à ‘máscara’ com que se distinguem os personagens”⁷⁰, passando à responsabilização dos componentes da pessoa jurídica em caso de desrespeito.

A presença do Estado, notadamente por tratar-se de contratação a ela diretamente relacionada, se dá pela imposição das *regras do jogo* por parte das instituições, “destinadas a conferir um mínimo razoável de estabilidade, previsibilidade e segurança nas relações entre os cidadãos”;⁷¹ *ipso facto*, a presunção do conhecimento da lei – cite-se, especificamente, a Lei Anticorrupção –, “de todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico nenhum é mais intrigante do que o contido no art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil”⁷², conclamando, também por este fundamento essencial, o cumprimento efetivo das normas, ao final, protetivas à pessoa jurídica em

⁶⁹ NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p. 419.

⁷⁰ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷¹ NUSDEO, Fábio. op. cit.. p. 424.

⁷² REALE, Miguel. op. cit.. p. 145.

particular, e a sociedade em geral, como destinatária direta e indireta das atividades desenvolvidas no âmbito das parcerias com o Poder Público.

Acerca da Lei Anticorrupção em comento, observam Lauro Ishikawa e Alisson Carvalho de Alencar, “a nova legislação positivou a mudança comportamental de governança que a sociedade brasileira tem demandado nos últimos anos, cunhada na baixa tolerância aos atos de corrupção, especialmente no setor público”.⁷³

Aplicável a advertência de Adela Cortina, de que “se trata de códigos éticos, porque el objetivo no consiste en aumentar las ‘leyes legales’, cosa de que la que ya se ocupan aquellos a quienes corresponde, sino en mostrar que la construcción de una sociedad verdaderamente humana no se logra con un mayor número de leyes”.⁷⁴

Trata-se de um processo de gradativa construção da imagem da sociedade empresária no mercado, cuja participação da sociedade civil absorve e acompanha tal externalidade – positiva ou negativa –, posto que cada vez mais informada em decorrência da facilidade no acesso às notícias em tempo real provocado pela *Internet*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância que o *compliance* ganhou na atualidade mundial, em especial para as empresas que primam pela eficiência e transparência, no sentido de construir a confiança necessária e ínsita à sociedade democrática de direito.

⁷³ ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance* inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL. Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar.2020. p. 88.

⁷⁴ CORTINA, Adela. Ética de la sociedad civil: ¿Un antídoto contra la corrupción? *In*: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (coords.). **La corrupción política**. Espanha: Alianza Editorial, 1997, p. 267.

Tal exigência foi criada pelo mercado, já que não é crível imaginar, em face da globalização que desorganiza esse mercado, a não adoção de governança corporativa e de uma política de *compliance*, a qual auxilia não somente o desenvolvimento da empresa, mas também a sociedade, já que os comportamentos adotados por cada um tendem a ser copiados e replicados.

Apesar da recente lei brasileira – Lei Anticorrupção – ter atendido a pressão internacional no sentido de disciplinar no país um ambiente empresarial estável, faz-se necessário repensar as estratégias para a almejada efetividade que funcionem como antídoto para a corrupção. A começar pela ética da razão cordial, que deve olhar o outro como ser humano, a partir do seu reconhecimento na sociedade. As pessoas no âmbito das empresas precisam se sentir ameaçadas com a punição empresarial e convencidas pelos incentivos à adoção de condutas éticas.

Ademais, deve existir monitoramento para controle interno da empresa, difundindo elevados padrões éticos.

A construção da confiança da sociedade empresária perante o mercado é gradativa, e a sociedade civil cada vez mais participativa, passa a contribuir com a necessidade de uma reinvenção, de uma mudança de paradigma, passando da antiga ficção para a realidade e assunção de responsabilidades em caso de abusos. Vale dizer, os membros componentes da pessoa jurídica, ao mesmo tempo em que legitimamente auferem seus lucros, são chamados à responsabilidade se transposto o limite da legalidade.

Por fim, a estrutura de incentivos deverá ser adaptada para cada empresa, sem copiar modelos, adotando linguagem adequada para que todos saibam quais são as tarefas que devem desempenhar, além de uma excelente política de prevenção para alcançar a sustentabilidade tão almejada pela governança corporativa, cuja base fica na confiança já esquecida, que deve ser resgatada, sob pena de engendrar razões utópicas.

REFERÊNCIAS FINAIS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Governança das sociedades comerciais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JÚNIOR, Ivo. **Corrupção e Judiciário**: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. Revista Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan./jun. 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano:Arnoldo Mondadori, 1991.

BECKER, Gary. The economic way of looking at life. Nobel Lecture, December 9, 1992. Departement of Economics, University of Chicago, Chicago, IL. 60637, USA p. 38-58, p.38. apud VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Principes of legislation**: of the limits of the Penal branch of jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei do Senado PL 236/2012**. Altera o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404?debug=true>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Brasília: CGU, 2007. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/publicacoes/cartilha_ocde.pdf/view. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.678**, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.420**, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração

pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 27 nov. 2019

BRASIL. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (coord.). **Corrupção**: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coords.). **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social Europeu – Luta contra a corrupção**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52011DC0308>. Acesso em 27: nov. 2019.

CONTROL CAPITAL.NET. **El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas em Espanã vía LO**. 2015. Disponível em: <https://www.controlcapital.net/noticia/3212/repositorio/el-nuevo-regimen-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-espana-via-lo-1/2015.html>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CORTINA, Adela. Ética de la Empresa: No sólo Responsabilidad Social. **Revista Portuguesa de Filosofia**. 65 (1/4), p. 113-127, 2009.

CORTINA, Adela. Ética de la sociedad civil: ¿Un antídoto contra la corrupción? In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (coords.). **La corrupción política**. Espanha: Alianza Editorial, 1997, p. 253-270.

DOMENEGHETTI, Daniel. **Ativos intangíveis**: como sair do deserto competitivo dos mercados e encontrar um oásis de valor e resultados para sua empresa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre. O princípio “comply or explain” e a “soft law”. **Revista Eletrônica do Direito**, n. 1, 2015. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/5_666.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **DODD-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção**: teoria e evidências. Uma aplicação ao Setor de Obras Rodoviárias no Rio Grande do Sul. 2003. 361p. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica à razão utópica**. Tradução: Álvaro Cunha: revisão H. Dalbosco. São Paulo: Ed. Paulinas, 1988.

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus DIREITOS HUMANOS**. Tradução: Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014.

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance* inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL. Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar.2020.

ISHIKAWA, Lauro. Compliance e Responsabilidade Social: a dimensão da extensão na formação acadêmica do profissional do direito. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 359-379, jul./dez. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

NAÇÕES UNIDAS. **Corrupção custa mais de US\$ 2,6 trilhões por ano, alerta PNUD**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/corruptcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud/>. Acesso em: 21 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, México: UNODC, 2003.

NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *In*: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Organizadora: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOARES, Leonela Otilia Sauter. **Compliance e Direito Penal: responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado**. Porto Alegre. 2015.

STIGLITZ, Joseph E. **O mundo em queda livre: Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial**. Tradução: José Viegas Filho. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 7. ed. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VOLKOV, Michael. **The two Ps of compliance: promote and protect. Corruption, crime and compliance blog**. 2015. Disponível em: <http://blog.volkovlaw.com>. Acesso em: 21 nov. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.