

DIREITO ECONÔMICO E RISCO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O *COMPLIANCE* NA TRÍADE ESTADO- MERCADO-EMPRESA

VICENTE BAGNOLI¹

MARCELO JOSÉ FERRAZ FERREIRA²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 O RISCO JURÍDICO. 3 DIREITO ECONÔMICO E A TRÍADE ESTADO-MERCADO-EMPRESA. 4 *COMPLIANCE* COMO AGLUTINADOR DO CONTROLE DE LEGALIDADE NAS CORPORações, DIANTE DA TRÍADE ESTADO-MERCADO-EMPRESA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Objetiva-se o estudo do *compliance*, frente ao Direito Econômico, a fim de integrá-lo, de maneira estratégica, à administração das empresas em geral, buscando-se analisar as atividades de *compliance* para muito além de questões atinentes à corrupção ou práticas de simples adequação normativa, em que pese a grande relevância que tais questões e práticas detêm. Trata-se de trabalho qualitativo, baseado em análise dogmática e pelo método dedutivo, originário de pesquisa bibliográfica. O resultado do estudo foi a constatação da necessidade de uma plena integração do *compliance* com a administração do

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Diretor, para o Brasil, da Academic Society for Competition Law – ASCOLA e advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0820-3868>. E-mail: bagnoli@vicentebagnoli.com.br

² Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq “Governança Corporativa, Compliance & Proteção de Dados” da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: mjferrazferreira@gmail.com

agente econômico, através de uma maior interação deste com o poder público, notadamente através dos seus órgãos de regulação e de fiscalização, de maneira a sempre se buscar a total adequação das suas atividades empresárias às correspondentes normas de regulação; assim como para, tanto quanto possível, buscar uma maior harmonização entre elas e as efetivas práticas da empresa; situação esta que representa o desafio do *compliance* frente ao Direito Econômico. A contribuição do artigo é a de propor o “*compliance* de direito econômico” (do qual são “espécies” o *compliance* concorrencial e o *compliance* regulatório), abordando-se nele, também, temas e normas ligados ao direito do consumidor e à proteção de dados pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito econômico. Risco jurídico. Gestão de risco. *Compliance*. Estado-mercado-empresa.

ECONOMIC LAW AND LEGAL RISK: BRIEF REFLECTIONS ON COMPLIANCE IN THE STATE-MARKET-COMPANY TRIAD

ABSTRACT: The objective is the study of compliance, in relation to Economic Law, in order to integrate it, in a strategic way, to the management of companies in general, seeking to analyze compliance activities far beyond issues related to corruption or practices of simple normative adequacy, in spite of the great relevance that such questions and practices hold. This is a qualitative work, based on dogmatic analysis and the deductive method, originating from bibliographic research. The result of the work was the realization of the need of a full integration of compliance with the administration of the economic agent, through a greater interaction between the latter and the public power, notably through its regulatory and supervisory bodies, in order to always seek total adequacy of its business activities to the corresponding regulatory norms; as well as to, as much as possible, seek greater harmonization between them and effective company practices; This situation represents the challenge of compliance with Economic Law. The contribution of the article is to propose the "compliance of economic law" (of which competition compliance and regulatory compliance are "species"), also addressing issues and rules related to consumer law and the protection of personal data.

KEYWORDS: Economic law. Legal risk. Risk management. Compliance. State-market-company.

INTRODUÇÃO

O *compliance* vai muito além de questões ligadas à corrupção ou a boas práticas. E isso, de maneira imprecisa, é o que vem sendo alardeado ultimamente, até mesmo nos meios especializados, como fruto de um injustificável reducionismo de uma atividade tão significativa quanto estratégica, que tem como finalidade essencial o pleno funcionamento regular da empresa.

Por definição, o *compliance* está atrelado à gestão. Em último grau, o *compliance* existe *para* a gestão – a boa gestão, claro – de empresas e instituições (dentre as quais, inclusive, empresas públicas e demais entidades e órgãos ligados ao Poder Público).

A atividade relativa ao *compliance*, pode-se dizer, é também uma atividade de gestão empresarial (ou organizacional)³, seja para a prevenção de riscos em geral, seja para que possa servir de apoio para a tomada de decisões (e a melhor decisão, em princípio, será aquela que envolver menos riscos). Gestão de riscos, portanto. Mas também se diz que se trata o *compliance* de gestão de controles internos, o que, na prática, redundaria no mesmo, pois o que importa é a finalidade da gestão que, por meio do *compliance*, sempre objetiva à redução dos riscos, tanto quanto possível.

Nesse contexto, em termos mais diretos, pode-se dizer que o *compliance* tem como finalidade imediata o afastamento, na medida das suas possibilidades, repise-se, de eventuais riscos – dos mais diversos e das mais variadas origens – nas atividades das empresas e instituições em geral.

³ Veja-se, por exemplo, a gestão por meio da observação das normas ISO: “International Standard IS9000 series defines the key business processes that should be included in a management system. These and similar standards provide general guidance and requirements on management practices, covering many business aspects, for instance, social responsibility (ISO 26000), risk management (ISO 31000:2009), quality management (ISO 9001:2008) and environmental management (ISO 14000:2004). Some ISO standards are industry specific, aiming at increasing safety and environmental protection, improving governance and decision making, minimizing losses in such fields as, for example, energy, food safety, healthcare and others.” Em tradução: “O padrão Internacional da série IS9000 define os principais processos de negócios que devem ser incluídos em um sistema de gestão. Estas e outras normas semelhantes fornecem orientação geral e requisitos sobre práticas de gestão, abrangendo muitos aspectos do negócio, por exemplo, a responsabilidade social (ISO 26000), a gestão de riscos (ISO 31000:2009), a gestão da qualidade (ISO 9001:2008) e a gestão ambiental (ISO 14000:2004). Algumas normas ISO são específicas da indústria, visando aumentar a segurança e a proteção ambiental, melhorar a governança e a tomada de decisões, minimizando perdas em áreas como, por exemplo, energia, segurança alimentar, saúde e outras.” HODGES, Christopher. **Law and corporate behaviour – integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics**. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 509.

No presente artigo, tratar-se-á brevemente acerca do risco e, mais especificamente, do risco jurídico, para, em seguida, se abordar algumas reflexões acerca do *compliance* frente ao Direito Econômico, considerando-se a peculiar tríade que, direta ou indiretamente, faz parte do seu objeto de estudo: o Estado, o mercado e a empresa. Ao final, serão realizadas outras breves considerações sobre a importância do *compliance* regulatório e do *compliance* concorrencial como instrumentos estratégicos de gestão jurídico-empresarial, não se perdendo de vista questões voltadas ao direito do consumidor e à proteção de dados pessoais.

2. O RISCO JURÍDICO

Em termos gerais, o risco sempre existe, qualquer que seja a circunstância. Em maior ou menor grau, ele sempre se faz presente. E, especialmente na atividade empresarial, o risco é algo absolutamente inerente. Não há empreendimento sem risco.

A abordagem quanto ao risco, assim, é de importância significativa no estudo do *compliance*. O *compliance*, enfim, existe em função do risco.

Na teoria social, Niklas Luhmann também teve como objeto de estudo o risco. E a sua abordagem quanto ao tema tem grande relação com o que se aborda neste artigo, uma vez que, mais do que o risco em si, Luhmann procura tratar da sua vinculação (ou relação) com as consequências que podem advir da decisão tomada frente a ele. Ou seja, a sua consideração, em essência, tem plena pertinência com a gestão de riscos e, portanto, com o *compliance*:

O risco faz referência a decisões que aceitam a possibilidade de que haja consequências desvantajosas, não sob a forma de custos que se tenham de pagar e cujo sacrifício se encontra justificado, mas na forma de danos mais ou menos improváveis que, se materializados, deixariam a decisão ser estigmatizada

como causa propulsora, expondo-a ao efeito de arrependimento retrospectivo. O problema surge porque os danos causados não afetam somente os que tomam uma decisão de risco ou somente aqueles que haurem efeitos positivos da sua decisão. (...). As percepções em relação à medida na qual o risco é aceitável e as percepções do risco diferem para aquele que se vê a si próprio como tomador de decisão ou como parte envolvida. E, quanto mais a percepção do futuro da sociedade moderna adentra o horizonte da dependência da tomada de decisões, mais nitidamente pronunciada se torna a lacuna entre tomadores de decisões e partes envolvidas; assim, é preciso reconhecer mais nitidamente que os instrumentos jurídicos e financeiros de regulamentação designados para se lidar com os mais diferentes problemas já não são mais suficientes.⁴

Luhmann também analisa o risco na perspectiva do direito ao dizer que:

O direito não pode garantir segurança quando a própria sociedade compreende seu futuro como um risco que depende de decisões. No sistema do direito os riscos adquirem uma forma especificamente jurídica. Em perspectivas heteronomamente diferentes, isto é, referidas aos interesses, o risco imanente à conduta decisional e o perigo que advém daí são problemas do direito por excelência. Em uma perspectiva autorreferencial, que, portanto, refere-se a conceitos, o direito encontra-se obrigado a refletir sobre seu próprio risco. Mas isso não significa pura e simplesmente aceitar como fato a sua própria não confiabilidade, mas, muito mais, de encontrar formas jurídicas que se mostrem compatíveis, do ponto de vista do risco e do perigo, com a autopoiese do sistema do direito, sua função específica e a peculiaridade de seu código.⁵

O objetivo primordial do *compliance* é evitar o risco, evitar o potencial dano, qualquer que seja ele, financeiro, reputacional, de imagem. É por meio do *compliance* que se busca uma antecipação a uma possível ocorrência de prejuízos. A sua atuação é, primordialmente (mas não apenas), preventiva. Daí, inclusive, sua função estratégica para a tomada de decisão.

⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Saulo Krieger. 2016, p. 188-189.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 757-758.

Fosse para uma atuação unicamente reparadora, restauradora (portanto, após a ocorrência do evento danoso), nenhuma utilidade, de rigor, teria o *compliance*.⁶

Aqui se dará mais ênfase ao risco jurídico; não a qualquer risco⁷, como, por exemplo, aquele decorrente de algum investimento que a empresa possa realizar. Portanto, trata-se do risco com o potencial de trazer alguma exposição ou consequência jurídica (em um primeiro momento) e/ou judicial (se necessário para a reparação do prejudicado, para alguma providência cautelar em seu benefício ou para a preservação de algum direito seu), com o potencial de gerar prejuízo financeiro ou reputacional (direta ou indiretamente) à empresa ou instituição.

Cabe também apontar a diferença entre o risco e a incerteza. A incerteza, em princípio, e para os fins deste estudo, diz respeito à circunstância de ignorância da lei (enquanto o risco pressuporia seu conhecimento). No entanto,

⁶ A atenção ao risco passou a ter destaque a ponto de algumas empresas adotarem, já há bastante tempo, em suas organizações, a figura do *Chief Risk Officer*, atuando em conjunto com o *Chief Compliance Officer*. Esse registro é feito por Georges Dionne: “La gestion des risques est devenue une affaire corporative à la fin des années 1990. (...). C’est généralement le comité d’audit (...) qui est responsable de leur surveillance, même si certaines grandes institutions financières réglementées ont mis en place des comités de risques depuis 2013. Le poste de directeur de gestion des risques (*Corporate Risk Officer*, CRO) a été créé durant les années 1990.” Em tradução: “A gestão de riscos tornou-se um assunto corporativo no final da década de 1990. (...). Geralmente é o comitê de auditoria (...) responsável por sua supervisão, embora algumas grandes instituições financeiras regulamentadas tenham criado comitês de risco desde 2013. O cargo de diretor de gestão de risco (*Corporate Risk Officer*, CRO) foi criado na década de 1990.” **Gestion des risques – théories et applications**. Paris: Economica, 2017, p. 25.

⁷ “Risk comes in many forms. In addition to economic risks – such as those encountered in the insurance business – there are physical risks and social risks, and innumerable subdivisions of these categories: political risks, sexual risks, medical risks, career risks, artistic risks, military risks, motoring risks, legal risks... The list is as long as there are adjectives to apply to behavior in the face of uncertainty. These risks can be combined or traded. In some occupations people are tempted by danger money. Some people, such as sky-diving librarians, may have very safe occupations and dangerous hobbies. Some young male motorists would appear to prefer to risk their lives rather than their peer-group reputations for courage.” Em tradução: “O risco vem em muitas formas. Além dos riscos econômicos – como os encontrados no ramo de seguros – existem riscos físicos e riscos sociais, e inúmeras subdivisões dessas categorias: riscos políticos, riscos sexuais, riscos médicos, riscos de carreira, riscos artísticos, riscos militares, riscos automobilísticos, riscos legais... A lista é tão longa quanto adjetivos a serem aplicados ao comportamento diante da incerteza. Esses riscos podem ser combinados ou negociados. Em algumas ocupações, as pessoas são tentadas pelo dinheiro perigoso. Algumas pessoas, como bibliotecários que praticam paraquedismo, podem ter ocupações muito seguras e passatempos perigosos. Alguns jovens motoristas do sexo masculino parecem preferir arriscar suas vidas, em vez de suas reputações de coragem, junto aos seus pares.” ADAMS, John. **Risk**. London: Routledge. 2001, p. 21.

apesar da diferença técnica, a consequência, em termos práticos e jurídicos, será a mesma em ambos os casos.⁸

O trato do risco jurídico não representa, em absoluto, qualquer novidade na dogmática jurídica civil brasileira. Orlando Gomes, em sua clássica obra *Obrigações*, destaca um capítulo específico à teoria dos riscos.⁹ Evidente que o risco a que ele faz menção é o decorrente da lei civil (ou seja, sem considerações ao risco de natureza penal, por exemplo), dando-lhe a devida roupagem jurídica. Frente a tal cenário, não se refere ele, portanto, ao risco do ponto de vista meramente fenomenológico (o risco de uma morte por causas naturais, por exemplo; em que pese o fenômeno morte, por certo, ter o condão de causar efeitos jurídicos).

Collard, Delhaye, Loosdregt e Roquilly propõem a seguinte definição de risco jurídico, destacando a sua ocorrência no ambiente empresarial:

O risco jurídico resulta da conjunção de uma norma jurídica e um acontecimento, sendo um e/ou outro marcado por um certo grau de incerteza. Esse encontro entre um padrão legal e um evento em um contexto de incerteza gerará consequências que podem afetar o valor da empresa.¹⁰

⁸ “‘Risk’ and ‘uncertainty’ have assumed the *rôle* of technical terms in the risk and safety literature since 1921, when Frank Knight pronounced in his classic work *Risk, uncertainty and profit* that • if you don’t know for sure what will happen, but you know the odds, that’s risk, and • if you don’t even know the odds, that’s uncertainty”. ADAMS, John. *Op. cit.*, p. 25. Em tradução: “‘Risco’ e ‘incerteza’ assumiram o papel de termos técnicos na literatura de risco e segurança desde 1921, quando Frank Knight declarou em sua obra clássica *Risco, incerteza e lucro* que • se você não sabe ao certo o que vai acontecer, mas você conhece as probabilidades, isso é risco, e • se você nem conhece as probabilidades, isso é incerteza”. Entende-se o ponto levantado pelo autor, mas, no que tange aos riscos *jurídicos*, a diferenciação não parece pertinente, visto que há – como é o mais comum, inclusive – situações de *incerteza* do empresário, no sentido de total *ignorância* da lei (e, por consequência, sem nenhuma possibilidade de qualquer mensuração de probabilidades), mas que, nem por isso, a lei deixa de incidir, expondo-o, portanto, em última análise, a um risco jurídico. Há que se ter em vista o artigo terceiro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42): “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”; ou a máxima latina *ignorantia legis neminem excusat* (“A ignorância da lei não excusa ninguém.”).

⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense. 10. Edição. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. 1995, p. 187 e seg..

¹⁰ No original: “Le risque juridique résulte de la conjonction d’une norme juridique et d’un événement, l’un et/ou l’autre étant marqué(s) par un certain degré d’incertitude. Cette rencontre entre une norme juridique et un événement dans un contexte d’incertitude va générer des conséquences susceptibles d’affecter la valeur de l’entreprise.” COLLARD, Christophe; DELHAYE, Catherine; LOOSDREGT, Henry-Benoît; ROQUILLY, Christophe. **Risque juridique et conformité – manager la compliance**. Paris: Lamy, 2011, p. 41.

O valor a que Collard, Delhaye, Loosdregt e Roquilly se referem é aquele pelo qual o impacto do risco jurídico pode ser percebido, medido ou classificado, e que se subdivide em valor financeiro, valor estratégico e valor institucional.¹¹

Uma vez que neste artigo se faz menção ao risco jurídico frente ao Direito Econômico (isto é, em termos gerais, frente ao Direito e à Economia), traz-se a pertinente colocação de Renaud Mortier quanto ao “risco empresarial”, exatamente do ponto de vista do Direito e da Economia. Ele diz que o risco empresarial está no coração da Economia, pois “a empresa é um conceito que não é estritamente jurídico, mas econômico”¹²; e que referido risco também está no coração do Direito, por seu turno, pois “o risco empresarial se espraia logicamente em muitos ramos do direito”¹³. Em seguida, Mortier, ao afirmar que o Direito é fonte do risco empresarial, também o indica como sendo, ao mesmo tempo, o instrumento de redução de riscos do empresário.¹⁴

¹¹ Em resumo, o valor financeiro é aquele que “peut être mesurée de diverses manières, selon que l’on s’intéresse au court terme (structure du compte de résultat, évolution du chiffre d’affaires, etc) ou au ‘long’ terme (retour sur les capitaux investis, notamment)”. Em tradução: “podem ser medidos de várias formas, consoante se esteja interessado no curto prazo (estrutura da conta de resultados, evolução do volume de negócios, etc.) ou no ‘longo’ prazo (retorno sobre os capitais investidos, especialmente)”. O valor estratégico “fait référence aux ressources permettant à l’entreprise d’améliorer sa position de marché et renvoie donc à l’acquisition, au maintien, au développement ou à l’aperte d’un avantage concurrentiel.” Em tradução: “refere-se aos recursos que permitem a empresa melhorar sua posição no mercado e, portanto, refere-se à aquisição, manutenção, desenvolvimento ou perda de uma vantagem competitiva.” Por fim, o valor institucional diz respeito “à la qualité des relations que l’entreprise entretient avec les autorités publiques, en particulier les autorités de contrôle et de régulation, et les institutions de la société civile telles que les associations de consommateurs ou les organisations non gouvernementales, ainsi que le degré de confiance résultant de ces relations.” Em tradução: “à qualidade das relações que a empresa mantém com as autoridades públicas, em particular as autoridades de controle e reguladoras, e as instituições da sociedade civil como associações de consumidores ou organizações não governamentais, bem como o grau de confiança resultante destes relacionamentos”. COLLARD, Christophe; DELHAYE, Catherine; LOOSDREGT, Henry-Benoît; ROQUILLY, Christophe. *Op. cit.*, p. 56 e seg..

¹² No original: “l’entreprise est un concept qui n’est pas à proprement parler juridique, mais économique.” MORTIER, Renaud. Prefácio. In: MORTIER, Renaud; SÉRANDOUR, Yolande (Orgs.). **Le risque entrepreneurial**. Paris: LexisNexis, 2015, p. XVII-XVIII.

¹³ No original: “le risque entrepreneurial innerve ainsi logiquement de nombreuses branches du droit”. MORTIER, Renaud. *Op. cit.*, p. XVII-XVIII.

¹⁴ MORTIER, Renaud, *Op. cit.*, p. XVII-XVIII.

E é nesse quadro de interdisciplinaridade no trato do risco jurídico, entre Direito e Economia¹⁵, que se desenvolve este trabalho acerca do *compliance* diante, pois, do Direito Econômico.

Evidentemente que, tanto Collard, Delhay, Loosdregt e Roquilly, quanto Mortier, fazem referência ao risco jurídico a que pode estar exposta a empresa do ponto de vista civil ou administrativo. Não fazem menção ao risco jurídico-penal, pois consideram, especificamente, a empresa, e não seus sócios ou prepostos, como pessoas naturais. A estes é que cabe o risco penal (salvo situações excepcionais em que a empresa também pode estar exposta a esse risco, na forma da lei). E esse é o ponto levantado por Daoud, Dinh, Ferrari e Gambette: “o risco penal assume uma especificidade muito particular face ao risco jurídico encarado de forma mais global. O risco penal é, sem comparação, o que mais atinge as pessoas.”¹⁶

Para ilustrar a questão atinente ao risco jurídico, no meio corporativo, traz-se a simples hipótese de veiculação de publicidade enganosa e abusiva pela empresa. Em primeiro lugar, trata-se de crime previsto no artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷. Frente a tal prática ilegal, a empresa pode sofrer, em paralelo, a incidência de multa administrativa (seja pelo Procon municipal, seja pelo Procon estadual, seja pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor¹⁸, no âmbito federal). A empresa que comete o ilícito da publicidade

¹⁵ E acrescenta-se também a Administração, notadamente frente ao indicado na introdução deste trabalho, quando se afirmou que o *compliance*, por definição, está atrelado à gestão: “Grande parte da literatura em gestão estratégica sobre o risco tem como principal objetivo a resposta à seguinte pergunta ‘O que impulsiona o grau de risco associado às escolhas estratégicas?’ (...). Como parte da tomada de decisões é afetada pelas preferências sobre o risco organizacional, torna-se necessário estudar e conhecer os motivos que levam algumas empresa terem aversão ao risco e outras serem mais propensas ao risco. Três teorias dominam o estudo do risco em gestão estratégica. Duas delas estão associadas ao comportamento das organizações no que concerne à tomada do risco, Teoria da Perspectiva (...) e a Teoria Comportamental (...), ao passo que a última, a Teoria da Agência (...) explora o conflito entre as tomadas de decisões nas organizações por parte dos gestores e os interesses dos seus donos ou acionistas (se as decisões dos gestores estão em linha de conta com os interesses dos acionistas).” MÚRIAS, Martim. O Risco no Contexto da Gestão Estratégica. In: CASTRO, Luís Mota de; FELÍCIO, J. Augusto; GONÇALVES, Vítor da Conceição (Orgs.). **Gestão estratégica**. Coimbra: Conjuntura Actual, 2017, p. 493-494.

¹⁶ No original: “le risque penal revêt une spécificité toute particulière par rapport au risque juridique envisagé de manière plus globale. Le risque penal est, sans commune mesure, celui qui impacte le plus les hommes”. DAOUD, Emmanuel; DINH, Bérénice; FERRARI, Julie; GAMBETTE, Catherine. **Gérer le risque pénal en entreprise**. Paris: Lamy. 2011, p. 15.

¹⁷ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.

¹⁸ Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997 (dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no

enganosa pode, ainda, em paralelo, sofrer a incidência de ação civil pública, seja por parte do Ministério Público estadual, seja por parte do Ministério Público federal (para o pleito de indenização por dano morais coletivos, por exemplo, ou, ainda, para a atribuição da obrigação de se retratar, o que resultará em novos prejuízos financeiros à empresa). Para além disso tudo, e ainda em paralelo, o próprio consumidor diretamente lesado pode ingressar com uma ação judicial contra a empresa, individualmente, para o pleito de indenização por danos materiais e/ou morais, acaso tenha adquirido o produto ou serviço com base na publicidade enganosa, tendo suas expectativas meramente frustradas e/ou tendo sofrido prejuízo direto em virtude do ilícito.

E mais: a mesma publicidade enganosa e abusiva indicada, com o potencial de gerar todos os referidos riscos jurídicos, pode, ao mesmo tempo, se for do tipo comparativa¹⁹ e tiver conteúdo abusivo, configurar crime contra a ordem econômica, nos termos do artigo 195, I e II, da Lei 9.279/1996²⁰ (Lei de Propriedade Industrial), bem como infração à ordem econômica, nos termos do artigo 36, § 3º, IV, da Lei 12.529/2011²¹ (Lei de Defesa da Concorrência). Também, no que tange ao abuso na publicidade comparativa, para além das medidas de proteção do consumidor, há um outro efeito colateral: a empresa

Código de Defesa do Consumidor). Art. 19. Toda pessoa física ou jurídica que fizer ou promover publicidade enganosa ou abusiva ficará sujeita à pena de multa, cumulada com aquelas previstas no artigo anterior, sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos.

¹⁹ Artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: Tendo em vista as modernas tendências mundiais, e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f) não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

²⁰ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

²¹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

vítima do abuso (a empresa concorrente, claro) pode se valer do artigo 18 do Código Civil²² para o pleito de alguma medida judicial indenizatória ou cautelar (interrupção da veiculação da publicidade).

Acrescenta-se ainda o seguinte: em paralelo às consequências pelos riscos jurídicos indicados, existe também o risco jurídico de incidência de multa por parte de agências regulatórias (da Anatel, por exemplo, se a empresa anunciante integrar o setor de telecomunicações).

E não acabou: a empresa, ainda, em paralelo, pode ser alvo de fiscalização por parte do CONAR, que, inclusive, poderá determinar (ela própria, ou seja, sem necessidade de qualquer medida judicial), liminarmente, tanto à própria empresa anunciante, quanto à agência publicitária que eventualmente a represente, a interrupção da veiculação da sua publicidade tida como abusiva ou enganosa.²³

Portanto, um simples ato de publicidade, se for enganosa ou abusiva, tem o potencial de gerar reflexos (riscos), diretos e simultâneos, nas áreas criminal, civil e administrativa (nesta última, nos órgãos de proteção ao consumidor, nos níveis municipal, estadual e federal; no órgão regulador da atividade da empresa anunciante, se o caso; e no órgão autorregulador da atividade publicitária).²⁴

Por fim, diante de uma publicidade enganosa ou abusiva, além da retirada de veiculação do anúncio publicitário, há, ainda, a possibilidade (risco) da reparação do desvio publicitário, para o mercado e para a sociedade em geral,

²² Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

²³ Aqui, dois pontos: primeiro, em que pese ser absolutamente positiva e necessária a interrupção de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (nas mídias onde a tal interrupção seja possível), há para a empresa anunciante a frustração da expectativa de ganho de mercado, para além do imediato prejuízo financeiro em razão da perda do material publicitário em si; segundo, aqui se faz menção ao CONAR, que sequer é uma autarquia (tal como a ANS ou a ANATEL, por exemplo), mas que, como entidade não governamental de autorregulação do mercado publicitário, em atividade há mais de quatro décadas, é amplamente aceito pela sociedade civil e pelo em mercado em geral, detendo, portanto, plena legitimidade para agir pelo bom funcionamento do mercado publicitário.

²⁴ Para além de todos os riscos jurídicos apontados, com o potencial de perda financeira, há ainda o risco reputacional ou de imagem a que pode estar uma empresa que veicula publicidade enganosa e/ou abusiva, a depender do nível de reverberação da publicidade ilegal na sociedade, o que, direta (perda de cliente) ou indiretamente (mácula da marca ou nome empresarial) também tem o potencial de gerar perda financeira, e que, portanto, também, deve ser objeto de atenção pela administração da empresa, seja pelo departamento de *compliance*, seja por quem lhe faça as vezes, de maneira estratégica, uma vez que toda e qualquer publicidade, em especial as massivas, corresponde, claro, a uma comunicação da empresa (portanto, a uma exposição pública sua) para o mercado consumidor e para a sociedade em geral.

por meio da contrapropaganda, como indicado no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor²⁵, nos mesmos moldes em que realizada a publicidade enganosa ou abusiva, o que significa dizer que a empresa anunciante terá, via de regra, o mesmo custo – diga-se prejuízo financeiro – que teve com a veiculação da propaganda, para também veicular a contrapropaganda, como forma de esclarecimento do público em geral quanto ao incidente.

Enfim, a depender da situação concreta, um único ato irregular tem o condão de ocasionar os mais diversos riscos jurídicos, com as mais diversas consequências, simultaneamente ou não.

3. DIREITO ECONÔMICO E A TRÍADE ESTADO-MERCADO-EMPRESA

Lida o Direito Econômico com elementos que tradicionalmente são vinculados ao direito público, bem como com aqueles historicamente atinentes ao direito privado.²⁶

O Direito Econômico, pois, está mergulhado em uma ininterrupta dialeticidade envolvendo três atores simultaneamente: o Estado, o Mercado e a Empresa. As relações entre eles podem ocorrer, conforme a circunstância específica, uns com os outros, em maior ou menor grau. Mas, invariavelmente, os três referidos atores, no Direito Econômico, estão em contínua interação.

²⁵ Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

²⁶ Orlando Gomes e Antunes Varela afirmam que: “temos de partir, por conseguinte, para o estudo do *direito econômico*, (...) que, (...), deve ser libertado dos seus antecedentes clássicos. Se o partimos, (...), em *direito público e direito privado*, foi apenas por uma questão de *divisão-de-trabalho*, pois, ao que parece, o *direito econômico*, compreendendo, como compreende, regras de direito civil, comercial, administrativo, penal e tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de direito público, nem de direito privado, (...)”. E seguem: “*o espírito do Direito Econômico* insufla-se, (...), do propósito de garantir a organização e o funcionamento da economia nacional em bases e com técnicas que, instituindo o primado do *interesse econômico geral*, não sacrifiquem, não esmaguem, não suprimam a atividade lucrativa dos particulares.” (grifos no original) GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 4-5.

Bagnoli, ao se referir à tal interação, indica que nela há “trocas e influências recíprocas que, quando bem estruturada, funciona de forma ótima e promove a produção, a circulação e a repartição das riquezas para o bem-estar social.”²⁷

Cabe a observação de que, ainda que exista o Direito Econômico como disciplina autônoma do Direito, existem autores que inovam e o denominam (de maneira equivocada, diga-se), ao abordá-lo em um aspecto mais público, como Direito Público Econômico (ao qual alguns autores ainda se referem, equivocadamente também, como Direito Administrativo Econômico)²⁸. De toda forma, com uma designação ou outra, tem-se que, em essência, e em linhas bem gerais, o seu objeto diz respeito aos temas pertinentes à intervenção do Estado no domínio econômico, e para fins de regulamentação das condutas entre agentes do mercado. Em um aspecto mais particular, e mais específico, por sua

²⁷ BAGNOLI, Vicente. **Direito e concorrencial: o poder econômico e seus limites jurídicos**. 9ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022, p. 233.

²⁸ “On s’aperçoit, (...), qu’en general, les manuels (...) de *droit public économique* sont largement axés sur le *droit administratif*. (...) Il n’est pas contradictoire en conséquence d’estimer que l’étude de matière suppose, à la fois, de faire intervenir toutes les branches du droit public et d’accorder une notable prépondérance au droit administratif. (...). Le droit public économique consiste en la *mise en oeuvre, par des voies de droit, de la politique économique des personnes administratives*. (...). Le terme *voie de droit* est destiné, (...), à rappeler le caractère *juridique* de cette discipline qui ne consiste pas en une analyse des faits économiques. (...). Avec le mot politique économique situé au centre de la définition, on met l’accent sur l’élément finaliste, matériel et fonctionnel, de la discipline étudiée.” (grifos em itálico no original). Em tradução: “Vemos, (...), que em geral os manuais (...) de *direito econômico público* são amplamente voltados para o *direito administrativo*. (...). Não é, pois, contraditório considerar que o estudo da matéria supõe, ao mesmo tempo, envolver todos os ramos do direito público e conferir uma notável preponderância ao direito administrativo. (...). O direito econômico público consiste na *implementação, por meios legais, da política econômica dos agentes administrativos*. (...). A expressão *por meio legal* destina-se, (...), a recordar a natureza jurídica desta disciplina que não consiste na análise de fatos econômicos. (...). Com a palavra política econômica colocada no centro da definição, a ênfase é colocada no elemento finalista, material e funcional da disciplina estudada.” (grifos em itálico no original) LINOTTE, Didier; PIETTE, Dorian; ROMI, Raphaël. **Droit public économique**. Paris: LexiNexis, 8. Edição, 2018, p. 14-15 e 22-23.

vez, há o Direito Concorrencial e o Direito do Consumidor²⁹, que disciplinam a interação entre os agentes particulares do mercado.³⁰

Conforme explica Bagnoli, é certo que:

(...) o Direito Econômico não se enquadra na definição tradicional do Direito, pois, ao mesmo tempo em que é Público, já que a política econômica definida pelo Estado interessa à coletividade, também é Privado, dada a relevância da iniciativa privada na realidade econômica do Estado.³¹

Diante de tal quadro, o Estado pode atuar de diversas maneiras no domínio econômico: seja de forma direta, na qualidade de agente econômico; seja através do controle e fiscalização da atuação de entes particulares; ou, ainda, por meio de parcerias com a iniciativa privada. Assim, o Estado pode agir de maneira mais intensa quando ele é o próprio agente em um dado setor da economia; e, de forma indireta, quando ele possibilita que a atividade econômica

²⁹ Apesar de o artigo 170 da Constituição indicar que a “defesa do consumidor” representa um dos princípios a serem observados na ordem econômica, ela é pouco tratada, entre nós, no âmbito do Direito Econômico. Na França e no México, por exemplo, a doutrina situa o Direito do Consumidor (tal como o Direito Concorrencial) no contexto do Direito Econômico, o que é correto. Para a doutrina destes países, o Direito Econômico não cuidaria, apenas, do mercado em seu aspecto produtivo e comercial, mas, também, em seu aspecto consumista, partindo-se da premissa de que não há mercado produtivo (e comercial) sem que haja um mercado consumidor correspondente (que também deve ser protegido de condutas abusivas). Assim, partindo-se do consenso de que empresas em geral devem ser protegidas de práticas abusivas por parte de outras empresas (finalidade do Direito Concorrencial), os consumidores igualmente devem ser protegidos de práticas abusivas por parte das empresas fornecedoras (finalidade do Direito do Consumidor). E como exemplo de uma sinergia de propósitos (para o bom funcionamento do mercado) entre o Direito do Consumidor e o Direito Concorrencial, verifique-se que ambos dispõem de normas que proíbem o aumento abusivo de preços (Código de Defesa do Consumidor, art. 39, X; Lei de Defesa da Concorrência, art. 36, III). A empresa que o fizer se submete, portanto, ao risco de ser penalizada, seja para a proteção do mercado consumidor, seja para a proteção do mercado fornecedor (ou em ambas as hipóteses).

³⁰ Sobre a relação entre o direito da concorrência e o direito do consumidor: “(...), dans la logique d’une économie de marché, entreprises et consommateurs participent également au fonctionnement du marché dont ils sont les opérateurs, certes inégaux, mais également indispensables. L’économie de marché prend en compte cette interdépendance et, par elle, bien des liens juridiques nouveaux apparaissent sur la scène économiques.” Em tradução: “(...), na lógica de uma economia de mercado, também as empresas e os consumidores participam do funcionamento do mercado em que são operadores, certamente desiguais, mas também essenciais. A economia de mercado leva em conta essa interdependência e, por meio dela, muitos novos vínculos jurídicos surgem no cenário econômico.” LEYSSAC, Claude Lucas; PARLEANI, Gilbert. **Droit du marché**. Paris: PUF, 2002, p. 6.

³¹ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 116.

seja explorada através do ente particular, reservando-se, no entanto, o poder de regulação e de fiscalização.³²

Em atenção ao indicado na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 173 e 174, o Estado brasileiro passou da condição de Estado interventor (como era basicamente antes da década de 1990), com atuação direta na economia, para um Estado normativo e regulador da atividade econômica, com poderes de fiscalização e atribuições de incentivo e de planejamento.

E é nesse contexto que surgem as agências reguladoras, no âmbito federal, quais sejam: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANM, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA³³, com competência para atuarem de maneira normativa e para fins de fiscalização, para além, claro de servirem de fomentadores do setor regulado. E há, também, a ANPD, o BCB, o CONAR, a CVM e a SUSEP³⁴, que também emitem normas e fiscalizam o mercado em geral, nos termos e na forma das suas respectivas atribuições e competências.³⁵

No que tange especificamente à ANPD, não há dúvida quanto à sua atividade regulatória (edita normas, fiscaliza e penaliza). A questão seria: ela,

³² “La ‘regulación’ implica o explica que la Administración en vez de gestionar se limita a regular, siendo características las entidades de regulación que actúan con independencia. Es inevitable ‘la regulación’ en el nuevo escenario de mercado. Ésta es coherente con la liberalización de mercados. Si se da entrada a nuevos operadores en un determinado sector es a costa de regular, autorizar, inspeccionar, sancionar, etc. El debate es entonces la ‘medida’ de la regulación y la posibilidad incluso de una desregulación” Em tradução: “A ‘regulação’ implica ou explica que a Administração, em vez de gerir, limita-se a regular, sendo característico das entidades reguladoras que atuem com independência. A ‘regulação’ é inevitável no novo cenário de mercado. Isso é coerente com a liberalização dos mercados. Se novos operadores entram em determinado setor, é à custa de regulação, autorização, fiscalização, sanção, etc. O debate é então a ‘medida’ da regulação e a possibilidade mesmo de desregulamentação.” IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **Tratado de derecho administrativo**, Tomo IV (Urbanismo y Ordenación del Territorio, Derecho Administrativo Europeo y Derecho Administrativo Económico), 3. Ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2018, p.1460.

³³ Respectivamente: Agência Nacional de Águas; Agência Nacional de Aviação Civil; Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional do Cinema; Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Mineração; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; Agência Nacional de Saúde Suplementar; Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Agência Nacional de Transportes Terrestres; e Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

³⁴ Respectivamente: Autoridade Nacional de Proteção de Dados; Banco Central do Brasil, Conselho Nacional Auto Regulamentação Publicitária; Comissão de Valores Mobiliários; e Superintendência de Seguros Privados.

³⁵ Além das agências reguladoras em âmbito federal, há também as agências reguladoras estaduais e municipais, o que aumenta, ainda mais, a necessidade do acompanhamento das normas regulatórias para algumas empresas e, como consequência, o nível do desafio do compliance, a que se fará menção no próximo item.

direta ou indiretamente, regula a economia, o poder econômico? Entende-se que sim.

Inicialmente, a proteção de dados tem total pertinência com o mercado consumidor (uma vez que, em maior ou menor grau, todas as empresas detêm – ou tem a possibilidade de deter –, algum dado sensível de consumidores, passível de algum vazamento); e, em segundo lugar, todos estão imersos em uma economia cada vez mais digital, e que se vale do *big data* (no qual estão contidos diversos dados sensíveis). Portanto, regular o uso de dados (ou a sua proteção) significa, em menor ou maior grau, regular o poder econômico. Se a regulação, especificamente, das empresas de capital aberto, através da CVM, significa a regulação da economia, e se a regulação, especificamente, da publicidade, também, corresponde à regulação do poder econômico, por exemplo, não há como se negar tal atribuição à ANPD.

Também em relação à defesa da concorrência (e não apenas do consumidor), especialmente diante das empresas inseridas mais diretamente na economia *digital* (mas não apenas elas, claro), a ANPD deterá papel cada vez mais significativo.³⁶

A atividade de regulação e de fiscalização das agências reguladoras (assim como da ANPD, do BCB, do CONAR, da CVM e da SUSEP) é a que tem maior pertinência com o presente trabalho, merecendo maior atenção, vez que, acaso descumpridas as normas pertinentes pelo agente econômico, pode ele sofrer as penalidades cabíveis. E esse risco jurídico, que se pretende evitar através do *compliance*, é o objeto deste trabalho.

³⁶ Não por outra razão, em 02/06/2021, foi firmado Acordo de Cooperação Técnica n. 5/2021, entre o CADE e a ANPD para o “aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados”, com vigência pelo período de sessenta meses. Na justificativa do referido acordo de cooperação, assim constou: “dada a importância econômica atribuída aos dados pessoais na atualidade, dada a possibilidade de sua conversão para os mais diversos fins – dentre eles, obviamente, o econômico –, percebe-se a necessidade de se compartilhar esforços por parte das entidades competentes a fim de se proteger, em concomitância, o devido controle que os titulares devem ter sobre seus dados e como eles estão sendo utilizados e a livre concorrência em relação a esses dados, que pode ser ameaçada por atos de concentração por parte de agentes econômicos que, eventualmente, tencionam mitigar e neutralizar a concorrência mediante a prática de atividades lesivas à ordem econômica.”

É de se levar em consideração, ainda, que atuação das agências reguladoras se destacam pelo caráter técnico, exatamente diante das especificidades dos mercados por elas regulados, o que faz com que seus dirigentes detenham, ao menos em princípio, o necessário conhecimento técnico e científico como pré-requisito para integrar seus quadros. Tal ponto específico, assim como o anterior, relativo à atividade de fiscalização, é igualmente de grande importância para o tema abordado neste artigo.

Ainda como forma de intervenção do Estado na economia, há as Parcerias Público-Privadas (PPPs), firmadas entre o Estado e agentes privados. Evidente que em tais parcerias, independentemente de serem pertinentes a algum setor regulado, também há significativa atividade fiscalizatória por parte do poder público, no que tange ao cumprimento das obrigações por parte do ente privado.

Com a hipótese de que possa haver, cada vez mais, desregulamentações e privatizações³⁷, e, portanto, de uma maior participação das empresas privadas na prestação de serviços tradicionalmente afetos ao Estado, novas empresas tenderão a participar desse mercado. No entanto, por se tratar de serviço de interesse público – ou como indica Juan José Montero Pascual, “interesse geral na atividade econômica” –, evidentemente que deverão se submeter a regras específicas de sua área de atuação, por parte do Estado, com o objetivo de evitar (ainda que minimamente) riscos e danos, em última instância, à própria população.³⁸

³⁷ Foge do escopo deste trabalho a análise da pertinência ou acerto quanto à adoção, pelo Poder Público, de práticas ou políticas de privatização ou de desregulamentação de qualquer setor ou empresa pública.

³⁸ “En las últimas décadas se ha producido una decisiva transformación del papel del Estado en la actividad económica. En toda Europa y América se ha producido una significativa reducción de la actividad prestacional de las Administraciones públicas. (...). Incluso en sectores en los que se mantienen empresas públicas, es en un entorno de competencia con otros operadores (...). Resulta necesario construir nuevas instituciones que permitan al Estado intervenir a fin de garantizar el interés general en la actividad económica. Insistimos en que la propia legislación califica muchos servicios tradicionalmente calificados como servicio público como servicios de interés general, y existe amplio consenso en que la intervención pública sigue siendo necesaria en estos sectores, bien para garantizar prestaciones más allá de lo que garantiza el mercado (por ejemplo, la universalidad de ciertos servicios), bien para hacer efectiva la competencia en el propio mercado (...).” Em tradução: “Nas últimas décadas, assistiu-se a uma transformação decisiva do papel do Estado na atividade econômica. Por toda a Europa e América tem-se assistido a uma redução significativa da atividade prestacional das administrações públicas (...). Mesmo os setores em que se mantêm empresas públicas, encontram-se num ambiente de concorrência com outros operadores (...). É necessário construir novas instituições que permitam ao Estado intervir de forma a garantir o interesse geral na atividade econômica. Insistimos que a própria legislação classifica muitos serviços tradicionalmente considerados como serviço público como serviços de interesse geral, havendo

E, frente à regulamentação imposta, a instituição do *compliance* por parte das empresas faz-se necessária, igualmente com o objetivo de se evitar (ainda que minimamente também) riscos e, pois, danos diversos. A propósito, diante da dinâmica do mercado e da sua constante evolução, sempre será necessária a criação de novos mecanismos para o Estado garantir o “interesse geral na atividade econômica”, como referido antes. Frente à tal questão, o conceito de *compliance* deve ser aberto, mais amplo – e estratégico, pois – não significando apenas (apesar de essencial, por óbvio) o cumprimento à lei³⁹.

Diante do caráter estratégico do *compliance*, pertinente ainda é o ponto abordado por Mohamed Mahmoud Mohamed Salah. Em que pese a existência do Estado regulador, com suas normas, atos de fiscalização e eventuais sanções por ele aplicadas, há também algum espaço “flexível” para alguma negociação, o que é de grande importância para a atuação dos agentes particulares:

A noção de ordem pública reguladora parece-nos entretanto útil, não apenas para salientar que o intervencionismo do Estado na vida econômica muda de natureza (fala-se precisamente hoje de Estado regulador), mas também para traduzir a mutação ocorrida nos dispositivos jurídicos de enquadramento da economia. Estes dispositivos que abrangem diversas disciplinas, combinam em geral a preocupação de protecção dos contraentes fracos com a de uma direcção branda da actividade económica. Traduzem-se numa grande adaptabilidade, até numa “negociabilidade” das regras, rompendo com a imagem de uma ordem pública necessariamente imperativa (...). A ordem pública regulatória indica a passagem a uma juridicidade ao

um amplo consenso de que a intervenção pública continua a ser necessária nestes setores, quer para garantir benefícios para além do que é garantido pelo mercado (por exemplo, a universalidade de certos serviços), ou para impor a concorrência no próprio mercado (...).” PASCUAL, Juan José Montero. **Regulación económica – la actividad administrativa de regulación de los mercados**. Valencia: Tirant to Blanch, 2020, p. 23 e seg..

³⁹ “Pour certains auteurs, (...), la *compliance* renvoie uniquement à la soumission à la loi, mais une telle vision est par trop réductrice. L’entreprise est concernée par d’autres systèmes de valeurs que celui institué par le législateur, et la notion de norme dépasse le strict champ de juridique. (...). (...), la *compliance* ne se limite pas à la conformité réglementaire, (...). Elle renvoie à des valeurs sociales qui peuvent transcender le champ du legal et du licite.” Em tradução: “Para alguns autores, (...), o *compliance* se refere apenas à submissão à lei, mas tal visão é muito redutora. A empresa preocupa-se com outros sistemas de valores que não o instituído pelo legislador, e a noção de norma extrapola o campo estritamente jurídico. (...). (...), o *compliance* não se limita ao cumprimento regulamentar, (...). Refere-se a valores sociais que podem transcender o campo do legal e do lícito.” COLLARD, Christophe; ROQUILLY, Christophe. **La performance juridique: pour une vision stratégique du droit dans l’entreprise**. Paris: L.G.D.J., 2010, p. 165.

mesmo tempo invasora e “flexível”, operando em todos os registros do discurso jurídico.⁴⁰

E é a essa flexibilidade que se refere Mario Schapiro e Sarah Marinho ao indicarem uma maior cooperação entre o Estado (agente regulador) e as empresas. Trata-se da metaregulação:

(...), isto é, uma metaregulação voltada a combinar os traços da regulação substantiva, desempenhada pelo Estado, com a autorregulação a cargo das empresas. (...). A intervenção pública foi assim concebida e implementada, no segundo pós-guerra, de um modo vertical, de cima para baixo, assentada no pressuposto de que o regulador é capaz de estabelecer os meios e as metas a serem perseguidos pelos agentes sujeitos a sua disciplina. Neste modelo regulatório, prevalece o que Sabel (...) identifica como uma relação de tipo “agente” e “principal” entre o Estado e a sociedade. O Estado, na qualidade de representante do interesse público, coloca-se na posição de onisciente “principal”, que articula prêmios e punições para direcionar o comportamento dos “agentes” para fins previamente estabelecidos. (...). A partir dos anos 1980, contudo, experiências empreendidas por agentes públicos têm sugerido a afirmação de novas possibilidades regulatórias, marcadas por traços distintos daqueles que caracterizam o paradigma comando e controle. O traço comum entre essas experiências é a busca de uma maior interação entre o regulador e os agentes regulados, de modo a favorecer o monitoramento das políticas públicas regulatórias e com isso promover uma revisão rápida das técnicas empregadas.⁴¹

Na linha da flexibilidade nas relações entre Estado e empresa, para além da metaregulação, admite-se, ainda, o emprego de *soft law* em tais relações, objetivando-se “uma nova governança negociada”.⁴²

⁴⁰ SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. As transformações da ordem pública económica rumo a uma ordem pública reguladora?. In: Vários autores. **Filosofia do direito e direito económico - que diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat**. Lisboa: Instituto Piaget. Tradução: Jorge Pinheiro, 2000, p. 318.

⁴¹ MARINHO, Sarah; SCHAPIRO, Mario. **Compliance concorrencial – cooperação regulatória na defesa da concorrência**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 19-20.

⁴² “Soulignant la complexité inhérente à cet ordre juridique postmoderne, la doctrine ne manque toutefois pas de tirer le signal d’alarme d’une crise à venir: inflation normative, complexité des lois, technicisation des normes. Il convient par conséquent de tenir compte de cette évolution du droit et du marché afin d’en comprendre les nouveaux ressorts et ainsi garantir une meilleure gouvernance de celui-ci; c’est-à-dire afin

4. COMPLIANCE COMO AGLUTINADOR DO CONTROLE DA LEGALIDADE NAS CORPORAÇÕES, DIANTE DA TRIÁDE ESTADO-MERCADO-EMPRESA

O título deste item, em verdade, representa o grande desafio do compliance frente ao Direito Econômico, que, por definição, é heterogêneo, pluridisciplinar, e envolve uma certa conjugação de outros ramos especializados do Direito.

Como o *compliance* pode servir de aglutinador para os controles internos de empresas, especialmente aquelas com atuação em mercados regulados, cada vez mais complexos, algumas com atuação até mesmo em diversos países, com culturas (organizacionais, inclusive) e realidades sócio-econômica tão diferentes?⁴³

de remettre de l'ordre dans le marché. Or parmi ces nouvelles formes de normativité figure la notion de 'soft law', laquelle a été introduite dans toutes les branches de notre système juridique, depuis le début du XXIe siècle, au point qu'elle s'impose désormais comme un élément moteur à la fois de l'évolution contemporaine du droit et du déploiement de la gouvernance publique du marché. Il s'agit donc de s'interroger sur les conséquences normatives du déploiement au sein du marché d'une 'nouvelle gouvernance négociée', et plus spécialement sur celles de l'usage normatif de la 'soft law' en tant qu'instrument de cette gouvernance employé par les autorités publiques afin de réguler l'économie en general, et la pratique des acteurs en particulier." Em tradução: "Sublinhando a complexidade inerente a essa ordem jurídica pós-moderna, a doutrina não deixa de lançar o sinal de alarme de uma crise que está por vir: inflação normativa, complexidade das leis, tecnicização das normas. É, pois, necessário ter em conta esta evolução do direito e do mercado para compreender as novas nascentes e assim garantir uma melhor governação deste último; ou seja, para restabelecer a ordem no mercado. Ainda entre essas novas formas de normatividade está a noção de 'soft law', que foi introduzida em todos os ramos do nosso ordenamento jurídico desde o início do século XXI, a ponto de agora se impor como força motriz tanto na evolução contemporânea do direito, quanto na implantação da governança pública do mercado. Trata-se, portanto, de questionar as consequências normativas da implantação no mercado de uma 'nova governança negociada' e, mais especificamente, da utilização normativa da 'soft law' como instrumento dessa governança empregada pelo poder público para regular a economia em geral e a prática dos atores em particular." RENEAU, Raphaël. La gouvernance publique du marché par la "soft law". In: BENSLIMANE, Adda; DUPORT, Michelle (Orgs.). **Marché – règles et expressions dans la dynamique de l'interaction**. Montpellier: Presses Universitaires de la Méditerranée, 2021, p. 25-26.

⁴³ "Plus le temps passe et plus le volume de ces règles accumulées s'accroît. L'entassement se fait sans 'ordre', puisque les régulateurs américains prétendent appliquer à l'ensemble du monde leur Droit de la compliance, par une prétension à l'extraterritorialité (...). L'obligation qu'a toute entreprise de donner à voir son respect effectif de toute règle qui lui est applicable ne peut que lui coûter très cher (cartographie des risques, formation, culture effective, etc)." Em tradução: "Quanto mais o tempo passa, mais aumenta o volume dessas regras acumuladas. O amontoamento se faz sem 'ordem', já que os reguladores americanos pretendem aplicar a sua lei de compliance a todo o mundo, por uma pretensão de extraterritorialidade (...).

Disso, resulta a conclusão evidente: não há como se limitar o *compliance* a questões atinentes à corrupção e outros ilícitos penais (apesar de relevantes, por óbvio), nem ao cumprimento de programas de conformidade (o que, claro, é sempre salutar), no mais das vezes elaborados com base em normas internacionais sem maior identificação direta com a realidade brasileira.⁴⁴

Isso porque há diversos outros riscos jurídicos aos quais as empresas estão expostas, com as mais diversas consequências, em relação os quais os *chief compliance officers* (ou quem lhe faça as vezes), como ocorre com alguma frequência, não estão preparados para agir preventivamente⁴⁵. Nesse ponto, haveria um problema de cultura organizacional e de gestão. Normalmente tais profissionais estão focados em problemas ou circunstâncias específicos, deixando de compreender a empresa como um todo, de maneira sistemática e estratégica dentro do mercado em que atuam. Nesse ponto, mais uma vez, se verifica a importância da questão pertinente à administração.⁴⁶ Há empresas relevantes no mercado, por exemplo, que sequer dispõem de um departamento de *compliance*, acumulando essa função com o departamento jurídico e, em

A obrigatoriedade da empresa em demonstrar o cumprimento efetivo da regra que lhe seja aplicável só pode custar caro (mapeamento de riscos, treinamento, cultura efetiva, etc.).” FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *La Compliance*. In: RACINE, Jean-Baptiste (org.). **Le droit économique au XXI^e siècle – notions et enjeux**. Paris: LGDJ, 2020, p. 100.

⁴⁴ Leis como a *Sapin II*, da França, ou a *Sarbanes-Oxley*, dos EUA, são exemplos disso. Foram elaboradas, por óbvio, tomando-se como base a realidade sócio-econômica dos países respectivos. Apesar de refletirem questões em comum nos mais diversos países, não há como se descartar a hipótese de alguma inaplicabilidade (ou insuficiência) delas em alguma situação específica no Brasil.

⁴⁵ “The compliance function is embodied, in part, in the fiduciary duty of directors, whose obligation to direct the management of corporations includes the responsibility to guard against illegal activities. The corporate law of compliance, however, extends beyond fiduciary duties traditionally understood. It also includes substantive regulatory statutes, criminal laws, guidance from administrative agencies, codes of best practices, internal corporate rules, and other governing norms.” Em tradução: “A função de *compliance* está incorporada, em parte, nos deveres de representação, diligência e sigilo (*fiduciary duty*) dos diretores, cuja obrigação de conduzir a administração das empresas inclui a responsabilidade de se precaver contra atividades ilegais. A lei societária de conformidade, no entanto, se estende além dos referidos deveres (*fiduciary duties*) tradicionalmente entendidos. Também inclui estatutos regulamentares substantivos, leis criminais, orientação de agências administrativas, códigos de melhores práticas, regras corporativas internas e outras normas governamentais.” MILLER, Geoffrey Parsons. *The Compliance Function: An Overview*. In: GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Georg (Orgs.). **The Oxford handbook of corporate law and governance**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 981.

⁴⁶ “If the goal is to maximize compliance with the rules by corporations, then it would be logical to examine how business organizations operate internally, and how their systems and culture can contribute to or impede such compliance.” Em tradução: “Se o objetivo é maximizar o cumprimento das regras pelas corporações, seria lógico examinar como as organizações empresariais operam internamente e como seus sistemas e cultura podem contribuir com esse cumprimento, ou impedi-lo.” HODGES, Christopher. *Op. cit.*, p. 503.

alguns casos, o que é de se espantar, até com a área de recursos humanos ou com o departamento financeiro.

Aqui cabe um esclarecimento. Ainda que, na prática, a tarefa de verificação das normas regulatórias, em razão da sua especificidade técnica, possa ser atribuída a outro setor da corporação (o regulatório, por exemplo), tem-se que, na essência, por natureza, por definição, a tarefa por ele desempenhada é de efetivo *compliance* e, no caso, claro, de *compliance* regulatório. Ressalte-se, entretanto, que esta tarefa de atendimento à legislação (e à eventual fiscalização da agência reguladora) tende a ser potencializado quando realizado em conjunto com o próprio departamento de *compliance* da companhia (normalmente existente em empresas integrantes do mercado regulado), e, inclusive, com o próprio departamento jurídico. E é a esta atuação coordenada e estratégica, também, a que se faz menção nesse trabalho.

No contexto do Direito Econômico, pode-se citar, por exemplo, as questões regulatórias e os temas ligados ao direito concorrencial: dois aspectos do Direito plenamente inseridos na tríade Estado-Mercado-Empresa, e que podem ser indicados, para fins metodológicos, como “*compliance* regulatório” e “*compliance* concorrencial”.

As empresas, por óbvio, interagem diuturnamente com o mercado. E não apenas com os seus fornecedores e com os consumidores dos seus produtos ou serviços, mas, igualmente, com outras empresas que integram o mercado, direta ou indiretamente. Muitas empresas, também, a depender das suas peculiaridades, estabelecem intensa relação com o Poder Público, através, por exemplo, das suas diversas agências reguladoras. Operações de fusões e aquisições, para além das providências de *compliance* em geral, atinentes às próprias empresas nelas envolvidas, também devem ser objeto, mais especificamente, de *compliance* concorrencial, o que é de grande relevância para o CADE.⁴⁷ Programas de *compliance* concorrencial levam em consideração

⁴⁷ O CADE, uma autarquia federal, regido pela lei n. 12.529/2011, basicamente, tem uma atuação judicante (não exatamente reguladora), com jurisdição em todo o país, atuando preventivamente (analisando fusões, aquisições e outros atos de concentração econômica que possa prejudicar a livre concorrência); repressivamente (investigando e julgando a ocorrência de cartéis, por exemplo, dentre outras condutas que

a gestão de risco a fim de se evitar possíveis perdas econômicas decorrentes de um eventual descumprimento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que podem gerar multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além de eventual responsabilização de administradores nas esferas cível, administrativa e criminal.

Por outro lado, o Estado, ao intervir na economia, o que pode fazer direta ou indiretamente, acaba sendo causa das mais diversas interações com o mercado e/ou com empresas. A ANS, por exemplo, ao editar normas voltadas à sua área de competência, causa efeitos no mercado de saúde suplementar em geral, mas também tem o condão de gerar efeitos direta e especificamente nas empresas que compõem tal mercado (quando, por exemplo, passam elas a ter a obrigação de realizar um determinado procedimento, sob pena de determinada punição).

Assim, no Brasil, há diversos contextos regulatórios, com o envolvimento dos mais variados riscos jurídicos às empresas em geral, que, por certo, necessitam ser observados. E isso requer o envolvimento do *compliance* com a gestão, assumindo postura ativa nas atividades empresariais, de forma integrada com outros setores.

Traz-se à discussão a lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019 (a chamada “Lei Geral das Agências Reguladoras”), que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Nela está indicado a “interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência” (artigos 25 a 28), a “articulação entre agências reguladoras” (artigos 29 e 30), a “articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente” (artigos 31 a 33) e a “interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências reguladoras estaduais ou os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais” (artigos 34 e 35).

constituam infração à ordem econômica); e de forma educativa (ao tratar com o grande público acerca de condutas tidas como inapropriadas à livre concorrência, a fim de que sejam elas evitadas).

Aqui, chama-se a atenção a dois pontos: primeiro, a interação (e articulação) prevista em lei entre agências reguladoras e órgãos de concorrência e do consumidor (e ambiental) evidenciam, ainda mais, que o direito do consumidor deveria ser considerado, na doutrina brasileira, como integrante do Direito Econômico (tal como o é o direito concorrencial), conforme referido em tópico anterior; segundo, como se não bastasse o alto nível de especialização das agências reguladoras (o que, claro, não poderia ser diferente; aliás, é o que delas se espera), elas, nos termos da lei, podem interagir e se articular entre si. E isso leva a duas consequências: um mercado ainda mais regulado (e integrado) e, como resultado disso, uma necessidade de atuação do *compliance*, também, por meio de uma maior interação e articulação com outros setores da própria empresa (departamento jurídico, regulatório, auditoria, relações governamentais, por exemplo), como dito, a fim de que tais setores possam subsidiar as atividades de *compliance*.

Assim, há que se ter em perspectiva que os mercados regulados são monitorados por agências reguladoras específicas e, principalmente, altamente especializadas, o que evidencia, por via de consequência, a necessidade de atuação de um *compliance* com mais efetividade e, principalmente, com atuação mais ampla e aberta para outros temas que não apenas aqueles atinentes a corrupção, desvios de conduta e fraudes em geral (apesar de bastante relevantes, reitere-se).

Ademais, na linha do quanto indicado, no que tange à metaregulação, ou seja, a uma maior cooperação entre o Estado regulador e o agente particular regulado, para fins de *compliance*, faz-se ainda mais necessária uma postura ativa – e estratégica – da empresa, tanto para que possa se antecipar a fiscalizações, quanto para buscar melhorias em suas práticas, objetivando uma maior sintonia com o órgão regulador.

E quando se fala em atuação estratégica por meio do “*compliance* no direito econômico”, para além da metaregulação, válida é a constatação da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, ao tratar das “articulações” e “interações” entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência e de proteção ao consumidor, posto que, em tais “articulações” e “interações”, o agente

econômico (empresa) pode ter ampla participação, seja através de consultas, seja através de audiências públicas.

Natasha Salinas indica que

A ANS aprova mais do que rejeita as contribuições que recebe dos agentes regulados nas audiências e consultas públicas. (...). O percentual de aprovação das contribuições dos regulados é inclusive inferior ao percentual de aprovação das manifestações de outras categorias de participantes – como a dos prestadores, beneficiários de planos de saúde e atores governamentais. (...). Seis das dez entidades que mais participam das consultas e audiências públicas da ANS são entidades representativas do setor regulado.”⁴⁸

Assim, ao *compliance* dos agentes econômicos também é concebível ter uma participação proativa em relação aos temas regulatórios que surgem nas agências reguladoras, considerando-se, por evidente, o interesse direto daqueles agentes. Para além disso, enxergando a agência reguladora como uma aliada, os agentes econômicos acabam atuando para o aprimoramento do próprio setor regulado, o que pode inclusive convergir com os interesses dos próprios consumidores dos seus serviços; atuando, portanto, como instrumento para a melhoria do mercado em que atuam, em benefício direto da população em geral, num círculo virtuoso.

Essa posição também é compartilhada por Christopher Hodges:

Os sistemas regulatórios não devem ser entendidos como uma oposição entre servidores públicos e empresas. Ambos os grupos – mas também muitas outras partes interessadas – são partes integrantes do aprendizado e, portanto, da conformidade e dos sistemas bem-sucedidos. Da mesma forma que os reguladores do Reino Unido agora precisam reduzir suas ações para apoiar o crescimento, as empresas precisam ajudar, em vez de confrontar os reguladores e executores. Uma cultura

⁴⁸ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A atuação dos grupos de interesse nas consultas e audiências públicas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 22-53, jan./abr. 2021, p. 49.

aberta gera debate e informação, a partir da qual todos podem aprender e aprimorar sua atuação. Os sistemas regulatórios devem funcionar de modo a fornecer coleta, avaliação e resposta contínuas a informações transparentes apropriadas (geralmente completas) e ideias para melhoria. As organizações (públicas e privadas) devem estar constantemente abertas a sugestões de melhoria, e devem ser capazes de aplicá-las, de forma a identificar riscos e elevar padrões constantemente.⁴⁹

No entanto, cabível é o alerta de Mario Schapiro e Sarah Marinho:

O *compliance* não é entendido como um mecanismo de blindagem corporativa, cuja finalidade seria a de permitir apenas uma detecção precoce de ilícitos e provas, para assim evitar as investigações e as conseqüentes penalidades das autoridades públicas. O *compliance* que institui uma alternativa cooperativa não é, portanto, uma camuflagem regulatória, que se desenha para proteger comportamentos ilegais, diluir responsabilidades, iludir autoridades, mantendo assim padrões de conduta em descompasso com a normalidade competitiva. Ao contrário, trata-se de uma tecnologia de governança corporativa que é capaz de contribuir para um ambiente de conformidade com as regras, induzindo mudanças substanciais de comportamentos empresariais. Trata-se, enfim, de um dispositivo que promove condutas concorrenciais, avocando para as empresas a responsabilidade pela implementação de uma parte da política antitruste.⁵⁰

Essa posição é de suma importância, pois, em nenhuma hipótese, o *compliance* deve servir como uma espécie de “escudo regulatório”. O *compliance* ativo – e, também, propositivo – é o que se espera de todas as corporações (atuantes ou não no mercado regulado, inclusive). Aliás, quanto mais for atuante e efetivo o *compliance*, mais forte será a empresa e, por conseguinte, mais saudável o próprio mercado setorializado do qual ela faça parte,

⁴⁹ No original: “Regulatory systems should not thought of as opposing public officials and firms. Both of those groups – but also many other stakeholders – are all integral parts of learning and hence compliance and successful systems. In the same way that UK regulators are now required to taper their actions to support growth, firms need to assist rather than confront regulators and enforcers. An open culture generates debate and information, from which everyone can learn and improve they operate. Regulatory systems should function so as to provide continuous collection, evaluation and response to appropriate (usually complete) transparent information and ideas for improvement. Organisations (public and private) should be constantly open to suggestions for improvement, and should be able to apply them, so as constantly to identify risks and raise standards.” HODGES, Christopher. *Op. cit.*, p. 701.

⁵⁰ MARINHO, Sarah; SCHAPIRO, Mario. *Op. cit.*, p. 30.

com reflexos positivos no mercado como um todo e para a sociedade em geral. Quanto mais proativo o *compliance*, enfim, mais haverá empresas que cumprem seus deveres, o que beneficia a todos, direta e indiretamente.

E é nesse ponto específico que se chama a atenção para outra forma de atuação vigilante do *compliance*, desta vez no *compliance* concorrencial. Quanto mais rápido houver uma atuação para, por exemplo, o estabelecimento de um acordo de leniência⁵¹ junto ao CADE, em decorrência da prática de cartel, maiores as chances de a empresa, bem como seus dirigentes ou titulares, se verem livres de penalidades (ou, conforme o caso, de serem elas reduzidas). Tendo sido firmado o acordo, o *compliance* continuará se fazendo por necessário: só que, desta vez, para se verificar o seu rigoroso cumprimento, vez que disto é que surgirá a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica.

O próprio CADE explica que:

(...) um programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações *específicas à LDC* [Lei de Defesa da Concorrência] e, em segundo lugar, oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas em um primeiro momento.⁵²

Walfrido Warde e Valdir Simão, quanto à leniência, apontam de maneira reflexiva, a sua importância para o *compliance* (a que chamam de “direito da conformidade”), corroborando, pois, com a ideia do seu sentido estratégico nas empresas⁵³.

⁵¹ Ao se falar em acordo de leniência, muitos se voltam à lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção. Apesar da sua relevância para as práticas de *compliance* nas empresas, aqui se faz alusão ao acordo de leniência previsto nos artigos 86 e 87 da lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência.

⁵² CADE. **Guia de programas de compliance**. 2016, p. 14. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> (Acesso em 21-09-2022)

⁵³ “A leniência é um instituto essencial do Direito da Conformidade porque: 1. em sua primeira acepção, como técnica de coleta de provas (...), instrumentaliza a detecção da desconformidade, para os fins de seu

Por fim, como explica Bagnoli, um programa de *compliance* concorrencial vai além das infrações à ordem econômica previstas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, para também fazer com que a empresa, em conformidade com a lei, submeta os atos de concentração ao CADE (artigos 88 e 90), com o objetivo de evitar a ocorrência do *gun jumping*.⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção do que seja o risco jurídico e o seu alcance econômico (mas não apenas) é de grande utilidade. O risco jurídico, se gerido de maneira ineficiente, pode produzir consequências severas no ambiente corporativo, com impactos negativos na gestão empresarial, para além dos efeitos nocivos na seara financeira e/ou de natureza reputacional (que, por sua vez, se desdobram em consequências de natureza financeira, direta ou indiretamente), podendo ocasionar, até mesmo, em situações extremas, a própria extinção da empresa, seja pela sua inviabilidade econômica superveniente, seja por impedimento de sua atuação no mercado, ainda que parcial ou temporariamente, como decorrência do ato ilícito.

Considerando-se que empresas dos setores regulados, em princípio, estão mais expostas aos riscos jurídicos, e a fim de se evitar o quadro acima apontado, é possível que se caminhe rumo a um “*compliance* de direito econômico”, propondo-se um *compliance* mais sistêmico, em atenção à tríade Estado-Mercado-Empresa, ao invés de um “*compliance* setorizado”, voltado a um ou outro ramo mais específico do Direito (como o “*criminal compliance*” ou o *compliance* trabalhista), ou a uma ou outra prática (como no chamado

combate; 2. avança o ressarcimento da Administração, (...); 3. (...), provê soluções de continuidade, é uma alternativa à destruição empresarial e à exclusão de importantes agentes econômicos dos mercados; e, por fim, 4. induz todos os agentes dos mercados, em especial nas suas relações com o Estado, à adoção de uma cultura de conformidade, ao avançar a criação de estruturas preventivas de controle da integridade”. WARDE, Walfrido; SIMÃO, Valdir Moysés. **Leniência: elementos do direito da conformidade**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 16.

⁵⁴ BAGNOLI, Vicente. **Compliance concorrencial**. Coleção *Compliance*, ALMEIDA, Luiz Eduardo; NOHARA, Irene Patrícia Diom (coords.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021, p. 109.

compliance de direitos humanos). Para além de público ou privado, o Direito forma um todo integrado; e assim deve ser a atuação do *compliance*, isto é, considerado em um conjunto, e não em um ponto isolado, em uma necessidade de ocasião ou em uma determinada área de atuação da empresa. Vislumbrando-a como uma entidade complexa, a empresa deve ser analisada em sua inteireza e em sua diversidade de relações jurídicas, com todos os correspondentes riscos que lhe são inerentes e transversais entre si. Este é o desafio do *compliance* frente ao Direito Econômico, tão necessário, quanto exequível.

Em razão disso, questões atinentes à proteção de dados, por exemplo, devem ser analisadas no contexto do direito do consumidor, mas também no aspecto concorrencial (conforme a atividade da empresa). Daí o gênero que se propõe neste trabalho de “*compliance* de direito econômico”, do qual são “espécies” o *compliance* concorrencial e o *compliance* regulatório, incluindo-se em ambos, por certo, temas e normas pertinentes ao direito do consumidor e à proteção de dados pessoais.

E é também nessa circunstância que o *compliance* deve ser exercido de maneira estratégica – o que significa dizer de maneira proativa e propositiva –, e não apenas responsiva ou reativa. O *compliance*, precipuamente, deve se antecipar aos problemas (ou a problemas ainda maiores, quando se constata que outros já teriam ocorrido), com potencial de causar reflexos negativos, no todo ou em parte, nas atividades da empresa.

Portanto, a plena integração do *compliance* com a gestão da empresa, com a administração do agente econômico, enfim, deve ser o norte. E essa proatividade significa, igualmente, uma maior interação com o poder público, notadamente através dos seus órgãos de regulação e de fiscalização, de maneira a sempre se procurar a plena adequação das atividades da empresa às correspondentes normas, bem como para, no sentido inverso, buscar uma maior harmonização entre tais normas e a realidade das práticas empresariais, na tentativa de se encontrar um justo equilíbrio entre o ser e o dever-ser, entre o necessário e o factível; à procura, na medida do possível, do afastamento de anacronismos e assimetrias entre a conduta empresarial positiva, com base nas modernas práticas de governança corporativa, e as normas expedidas pelas

entidades governamentais regulatórias (que, claro, nem sempre estão em sintonia com os legítimos interesses ou as possibilidades de ocasião das empresas). E tudo isso também representa o *desafio* do *compliance*.

Empresas sadias tendem a proporcionar mercados sadios; por sua vez, mercados sadios tendem a neles manter as empresas sadias. E nessa infundável dialeticidade de causas e consequências recíprocas, cabe o fundamental papel do Estado, consistente na sua intervenção na economia, direta ou indiretamente, preventiva e repressivamente. Uma relação cada vez mais salutar, enfim, entre Estado, Mercado e Empresa deve ser a bússola dos agentes políticos, dos agentes reguladores e dos agentes particulares envolvidos.

E assim, como um dos vetores para que se possa alcançar tal desiderato, o que se pretende é um ativo – e propositivo – *compliance* nas empresas, a fim de que possam, por meio das suas boas práticas e naquilo que lhes cabe, colaborar com o mercado em geral, sempre em atenção à sua responsabilidade social, melhorando o ambiente de negócios, e, principalmente, com tudo isso, contribuir com o próprio desenvolvimento econômico, social e ambientalmente sustentável do país, o que, em última instância, é o objetivo maior do Direito Econômico, em benefício de todos.

REFERÊNCIAS

ADAMS, John. **Risk**. London: Routledge. 2001.

ANPD; CADE. **Acordo de Cooperação Técnica n. 5** (2021). Acordo de cooperação técnica entre Conselho de Defesa Econômica – CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANPD.pdf>>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BAGNOLI, Vicente. **Compliance concorrencial**. Coleção *Compliance*, ALMEIDA, Luiz Eduardo; NOHARA, Irene Patrícia Diom (org.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial: o poder econômico e seus limites jurídicos**. 9ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Lei de Propriedade Industrial. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Lei de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

CADE. **Guia de Programas de Compliance** (2016). Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

COLLARD, Christophe; ROQUILLY, Christophe. **La performance juridique: pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise**. Paris: L.G.D.J., 2010.

COLLARD, Christophe; DELHAYE, Catherine; LOOSDREGT, Henry-Benoît; ROQUILLY, Christophe. **Risque juridique et conformité – manager la compliance**. Paris: Lamy, 2011.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** (2022). Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

DAOUD, Emmanuel; DINH, Bérénice; FERRARI, Julie; GAMBETTE, Catherine. **Gérer le risque pénal en entreprise**. Paris: Lamy. 2011.

DIONNE, Georges. **Gestion des risques – théories et applications**. Paris: Economica, 2017.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *La Compliance*. In: RACINE, Jean-Baptiste (org.). **Le droit économique au XXIe Siècle – notions et enjeux**. Paris: LGDJ, 2020.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense. 10. Edição. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior, 1995.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva. 1977.

HODGES, Christopher. **Law and corporate behaviour – integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

IBÁÑEZ, Santiago Gonzáles-Varas. **Tratado de derecho administrativo**, Tomo IV (Urbanismo y Ordenación del Territorio, Derecho Administrativo Europeo y Derecho Administrativo Económico), 3. edição. Pamplona: Thomson Reuters, 2018.

LEYSSAC, Claude Lucas de; PARLEANI, Gilbert. **Droit du marché**. Paris: PUF, 2002.

LINOTTE, Didier; PIETTE, Dorian; ROMI, Raphaël. **Droit public économique**. Paris: LexiNexis, 8. Edição, 2018.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Saulo Krieger. 2016.

MARINHO, Sarah M. Matos; SCHAPIRO, Mario G. **Compliance concorrencial – cooperação regulatória na defesa da concorrência**. São Paulo: Almedina, 2019.

MILLER, Geoffrey Parsons. The Compliance Function: An Overview. In: GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Georg (Orgs.). **The Oxford handbook of corporate law and governance**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

MORTIER, Renaud. Prefácio. In: MORTIER, Renaud; SÉRANDOUR, Yolande (Orgs.). **Le risque entrepreneurial**. Paris: LexisNexis, 2015.

MÚRIAS, Martim. O Risco no Contexto da Gestão Estratégica. In: CASTRO, Luís Mota de; FELÍCIO, J. Augusto; GONÇALVES, Vítor da Conceição (Orgs.). **Gestão estratégica**. Coimbra: Conjuntura Actual, 2017.

PASCUAL, Juan José Montero. **Regulación económica – la actividad administrativa de regulación de los mercados**. Valencia: Tirant to Blanch, 2020.

RENEAU, Raphaël. La gouvernance publique du marché par la “soft law”. In: BENSLIMANE, Adda; DUPORT, Michelle (Orgs.). **Marché – règles et expressions dans la dynamique de l’interaction**. Montpellier: Presses Universitaires de la Méditerranée, 2021.

SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. As transformações da ordem pública económica rumo a uma ordem pública reguladora?. In: Vários autores. **Filosofia do direito e direito económico - Que Diálogo?** Miscelâneas em honra de Gérard Farjat. Lisboa: Instituto Piaget. Tradução: Jorge Pinheiro, 2000.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A atuação dos grupos de interesse nas consultas e audiências públicas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 22-53, jan./abr. 2021.

WARDE. Walfrido; SIMÃO, Valdir Moysés. **Leniência: elementos do direito da conformidade**. São Paulo: Contracorrente, 2019.