



PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A PROTEÇÃO DO MERCADO: O COMBATE À CORRUPÇÃO E À DESLEALDADE CONCORRENCIAL

Compliance programs and market protection: combating corruption and competitive disloyalty

Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 37 - 64 | Set / 2019

DTR\2019\40032

Georges Abboud

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Processo Civil da PUC-SP e do programa de mestrado em direito constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF). Advogado e Consultor Jurídico. georges.abboud@neryadvogados.com.br

Paulo Roberto Brasil Teles de Menezes

Mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF), com estudos nas Universidades de Granada e Nova de Lisboa. Pesquisador visitante na Universidade de Granada/Espanha. Juiz de Direito no Estado do Maranhão. paulobrasilmenezes@gmail.com

Área do Direito: Concorrencial

Resumo: O artigo discute que o contexto de riscos sociais e econômicos e os meios regulatórios existentes de combate à corrupção administrativa, por si só, não têm sido suficientes para, de forma efetiva, promover efeitos desejáveis para o mercado. O compliance, como estrutura para o bom cumprimento das leis e prevenção de atos lesivos, exsurge como instrumento útil ao combate de práticas ilícitas (corruptas ou anticoncorrências). Nesse contexto, é necessário o estreitamento entre o Direito de Concorrência e a Constituição, a fim de demonstrar que a ordem econômica pautada nos princípios constitucionais facilita a diminuição do abuso do poder econômico, bem como propicia as práticas de integridade nas pessoas jurídicas para maior segurança na relação mercantil e dinamização econômica e, com isso, melhorar a sustentabilidade e confiabilidade das empresas na estabilização do mercado.

Palavras-chave: Riscos – Direito concorrencial – Constituição – Compliance – Práticas ilícitas

Abstract: The article discusses that the context of social and economic risks and the existing regulatory means of fighting administrative corruption alone have not been sufficient to effectively promote desirable effects for the market. Compliance, as a framework for good law enforcement and prevention of harmful acts, exists as a useful tool to combat illicit practices (corrupt or anti-competitive). In this context, it is necessary to narrow the scope of the Competition Law to the Constitution, in order to demonstrate that the economic order based on constitutional principles facilitates the reduction of abuse of economic power, as well as facilitates the practices of integrity in legal entities to enable greater security in the commercial relationship and economic dynamism, in order to improve the sustainability and reliability of the companies in the stabilization of the market

Keywords: Risks – Concurrence law – Constitution – Compliance – Unlawful practices
Sumário:

1.Considerações iniciais - 2.Direito antitruste, globalização e riscos - 3.A Constituição como farol do Direito Concorrencial e dos mecanismos anticorrupção - 4.Programas de compliance no mercado brasileiro - 5 Compliance e a construção de novos paradigmas - 6.Disposições finais - Referências bibliográficas

1.Considerações iniciais



O homem, como qualquer ser humano, dotado de capacidade psíquica e hígido em suas condições de entender e querer determinado objetivo de vida, possui qualidades e defeitos que o colocam em uma interessante e ao mesmo tempo curiosa posição anacrônica de ser capaz de construir positivos paradigmas racionais e, ipso facto, ser hábil em construir desigualdades decorrentes dessa postura intervencionista.

A história é bastante esclarecedora e está repleta de exemplos relacionados com esse citado paradoxo, o qual em nada tem a ver com eventual coincidência de uma ou outra atitude humana, mas sim guarda estreita pertinência com o seu perfil desbravador.

Assim sendo, pode-se citar os grandes avanços tecnológicos do poder bélico existente atualmente no mundo e a consequente crise de identidade humana e visível instauração do temor de se adentrar em desavenças de efeitos incalculáveis. A seu turno, pode-se citar, também, a grande inovação tecnológica referente à utilização da inteligência artificial e sua implicação na proteção da economia.¹

Não se pode esquecer, ainda, as grandes conquistas de redução de desigualdades sociais, como a luta da inserção da mulher no mercado e o seu devido respeito contra agressões de toda sorte, bem como de tantas outras camadas menos favorecidas da sociedade, mas que, de forma diretamente proporcional, ainda convivem com elevadas diferenças salariais e reconhecimentos mais compromissados para os que governam e dirigem a vida política e administrativa da nação.

O cenário de volubilidade acima narrado sugere, então, uma conclusão de certa forma perplexa: o homem possui um crônico problema de não saber gerir a contento a sua capacidade laborativa e as relações nela desenvolvidas, de acordo com os avanços existentes na sociedade, sejam eles políticos, administrativos, econômicos, jurídicos, enfim, entre os progressos perenes podem ser encontrados regressos indelévels.

Pois bem. Nas relações particulares empresariais, assim como no convívio econômico de tais relações com o poder público, o cenário não se mostra de forma tão diferente. Um desses regressos que faz do ser humano ser depreciado por suas condutas e comportamentos, sem dúvida, é a corrupção e as irregularidades qualificadas existentes no bojo da competitividade mercantil.

Saber comandar determinada empresa ou instituição, gerir relações entre entes particulares ou entre estes e pessoas de direito público, administrar recursos oriundos do lucro advindo dos consumidores e, também, da carga tributária elevada que o Brasil possui e que ora se reverte em certos benefícios para empresas, aplicar ações sociais em determinadas comunidades, promover políticas públicas efetivas e contabilizar os orçamentos aos fins neles propostos, por certo, são desideratos que mais tem promovido disparidades e deslealdades entre os agentes econômicos e as esferas de poder que conquistas homogêneas.

Somado a esse déficit organizacional e instabilidade na gestão, principalmente quando relacionada ao trato dos recursos e políticas públicas, faz surgir a chamada responsabilização do agente que incorre em situação de disparidade com essas obrigações, compromissos esses que devem ou deveriam ser respeitados e honrados para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Assim sendo, eventuais atos praticados em dessemelhança com as normas comportamentais e de condutas éticas, inviabilizando uma postura de integridade nas empresas, podem incidir-se, a depender do viés utilizado e de um sem-número de variáveis relevantes e atribuíveis de acordo com cada caso concreto, nos chamados atos de "self regulation"², que, após o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, merecem ser rechaçados da gerência empresarial e aplicáveis sanções proporcionais previstas na Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) e 12.846/2013, a depender do ato lesivo.



Tal análise acima, jungida pela atualização comportamental da sociedade democrática e dos mecanismos de contenção legislativos, bem como os constantes desenvolvimentos de concepções gerenciais baseadas na cooperação, são algumas legitimações para se evidenciar a necessidade de adoção de medidas de compliance nas pessoas jurídicas.

Dessa forma, o presente artigo visa a discutir o atual cenário de riscos sociais e econômicos e os meios eminentemente regulatórios existentes de combate à corrupção administrativa, por si só, não têm sido suficientes para de forma efetiva e funcional promover efeitos desejáveis para o mercado, a começar pela tentativa equivocada de não interpolação entre o direito de concorrência e os valores constitucionais e suas bases democráticas.

E, nesse contexto, o compliance, como mecanismo e estrutura para o cumprimento das leis e prevenção de atos lesivos, exsurge como instrumento útil ao combate de práticas ilícitas, sejam corruptas e/ou anticoncorrências. Para tanto, é necessário discutir a necessária aproximação entre o Direito de Concorrência e a Constituição, como forma de demonstrar que a ordem econômica pautada nos princípios constitucionais facilita a diminuição do abuso do poder econômico, bem como propicia a adoção de práticas de integridade nas pessoas jurídicas para possibilitar maior segurança na relação mercantil e dinamização econômica, de forma a melhorar a sustentabilidade e confiabilidade das empresas na estabilização do mercado.

Para isso, adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental³. O texto, então, divide-se em três partes e o seu escopo é o de abordar o cenário de risco vivido na sociedade contemporânea mercantil; demonstrar a estreita relação entre o direito de concorrência e o direito constitucional, sobretudo segundo a perspectiva de Ana Frazão⁴; e referenciar os contributos dos procedimentos internos de integridade como vetores para o combate da corrupção e equacionamento da livre concorrência, utilizando-se, predominantemente, da abordagem teórica de Carla Veríssimo.⁵

Ademais, abordar-se-á a reflexão de Dani Rodrik⁶ acerca do trilema da economia mundial, consubstanciado na tensão entre democracia, globalização profunda e soberania do Estado-nação que, inevitavelmente, marca o contexto contemporâneo.

Para o desenvolvimento de tais ideias, serão abordados alguns aspectos valiosos sobre a sociedade de risco, com Ulrich Beck⁷ e Boaventura de Sousa Santos⁸. Além disso, analisar-se-á, também, os princípios constitucionais da ordem econômica e energização do mercado com a implantação dos mecanismos de autorregulação.

Tais possibilidades e assertivas, colocadas em tom provocativo para estimulação da reflexão sobre a importância dos valores constitucionais no direito concorrencial e fomento do debate democrático, é que se pretende demonstrar e comprovar ao longo deste ensaio.

2. Direito antitruste, globalização e riscos

Vive-se um período de incerteza, de risco, de transição. O homem, apesar de sua racionalidade, na maioria dos casos tem-na deturpado, causando inúmeros e irreversíveis distúrbios corruptivos e desleais em suas relações, principalmente profissionais.

A efervescência das atitudes de devastação do caráter probo e dos valores honestos só tem provado que o ser humano, cada vez mais, encontra-se enlaçado nas garras do egoísmo, do individualismo e do utilitarismo, propiciando, assim, uma sociedade altamente desacreditada de um mundo melhor, de um mundo onde a ética e os valores morais possam reinar com sucesso, de um mundo onde possa preponderar um ambiente digno, reto, capaz de unir cidadãos em prol de uma sociedade libertária.

Com esse pensamento, a sociedade deparara-se com a possibilidade de ver seu futuro destruído, vazio e sem perspectivas de mudanças. Os riscos oriundos dos incessantes



lucros proporcionados pelo sistema corrupto e desleal têm sido responsáveis pelo descrédito do futuro.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos demonstra sua preocupação com o próprio porvir, ao afirmar que os riscos envolvidos começam a ser mais ilimitados que ele próprio. O que favorece a assunção de uma atitude futuricida; assumir a morte do futuro para celebrar o presente, como sucede em certo pós-modernismo, ou mesmo para celebrar o passado, como sucede com o pensamento reacionário.⁹

Nesse contexto, é uma evidência que a globalização, os riscos que lhe são inerentes e tudo o mais que dela provém têm obrigado o ser humano a refletir acerca de variadas situações que, há bem pouco tempo, não eram focos de discussão e questionamentos, ou, simplesmente, acreditava-se serem dependentes do lento desenrolar dos acontecimentos históricos. Isto porque as transformações sociais, na maioria das vezes, caracterizavam-se pela lentidão; e o homem, ipso facto, encontrava-se quase sempre infausto a elas.

O conhecimento científico inabalável proporcionou a criação da sociedade de risco firmada na globalização, marcada pelo utilitarismo. O risco, portanto, é fruto da modernidade, e, como consequência da globalização e do progresso da ciência, desenvolveu-se de diversas maneiras, principalmente sem a necessária sustentabilidade. Ao cabo dessas afirmações, indaga-se: o Direito Concorrencial é eficaz na globalização? O paradigma edificado pela globalização pode ser quebrado pela ordem econômica?

O Direito é entendido como um dos principais instrumentos para a organização da vida em sociedade e para a tutela das condições fundamentais do seu livre-desenvolvimento. Devido a esse caráter funcional, não poderia manter uma atitude vocacional de indiferença perante os problemas que a sociedade e o mercado sofrem, bem como uma postura inerte sobre a efetiva proteção de suas características, uma vez que a prevenção é considerada a melhor forma de encontrar as soluções mais sensatas à tutela daquilo que se chama negócio íntegro e mercado ético.

Considera-se que a globalização, por seu caráter cosmopolita e transformador, contribuiu para a inserção de uma nova forma de pensamento e de enfrentamento da realidade, na sociedade pós-moderna. O que outrora era ainda um desejo, a globalização tornou em realidade o progresso tecnológico que tanto acelerou as relações sociais e econômicas. A partir dessa civilização tecnologicamente evoluída, a capacidade humana quebrou barreiras dos limites naturais, proporcionando bem-estar, conforto, eficiência, praticidade e facilidades no mundo em que se prima pela rapidez das relações.

No entanto, não obstante esse crescimento, observou-se que a globalização proporcionou, também, desequilíbrios para a sociedade dita tradicional, assim como para os seus costumes, modos de vida e seu mercado. Portanto, o advento da globalização assume duas posições visivelmente paradoxas. A primeira de caráter positivo – com a aceleração do processo tecnológico e suas implicações¹⁰ – e a segunda de natureza essencialmente negativa – com a mitigação da comunidade solidária e original por um processo altamente racional¹¹, individual e, por vezes, corruptível.

Há o desnordeio de uma variedade pomposa de sabores e o curioso enfoque ensinado é no sentido de que o retorno de notícias negativas posteriormente a uma prática de atitudes positivas parece ser mais rígido e veloz como um movimento de um bumerangue¹², causando perplexidade e aprisionamento em um panorama em que prognósticos de efetivo progresso são intencionados, porém, não efetivamente assegurados.

Nesse contexto, vige, na contemporaneidade, uma tensão/choque/incompatibilidade entre democracia nacional e globalização profunda (hiperglobalização), uma vez que, entre as diretrizes desta última, tem-se o livre fluxo de capitais, comércio e a exigência da redução da política interna (pequeno governo) e isolamento dos tecnocratas das



demandas populares, em nome das multinacionais e investidores estrangeiros.

Esse embate entre os efeitos da globalização, os mecanismos de abertura democrática e a soberania do Estado Nacional sustenta, assim, um dos maiores desafios das sociedades contemporâneas, o qual Dani Rodrik descreve haver uma interdependência entre si chamada de “trilema político da economia mundial”¹³.

Nessa perspectiva, estratégias para a manutenção e fortalecimento de uma democracia nacional possuem seu ponto de partida, essencialmente, na ciência e no enfrentamento do “trilema” apresentado, demonstrando tal preocupação ser intrínseca ao paradigma contemporâneo da mundialização.

Desses fatos, resulta uma conclusão bastante desestimulante: a certeza de que nada – muito menos o mercado – é seguro, todavia, tudo pode ser possível. E é assim que se convive hoje com essas situações contrapostas. A consciência de que o mercado é inseguro aliada com a vontade de transformar essa situação podem ser expressões que contribuam para uma harmoniosa convivência diante desse confronto, desde que o direito concorrencial esteja arrimado nos valores consagrados no Estado Constitucional.

A globalização, desse modo, constrói um paradigma racional, jungido pelo individualismo e pelo utilitarismo, repartindo a todos os riscos dela provenientes. Assim, a globalização e a consequente sociedade de risco, aparentemente brindada e blindada pela pós-modernidade, parece ser um dos principais desafios para a ordem econômica. Tal desafio assim se delineia com a comoção de suas estruturas e com o ato de propiciar a reflexão acerca dos modelos da própria ordem jurídica.

O impacto da globalização em relação ao direito contemporâneo é crucial. Wiethölter apresenta paradigma da proceduralização em substituição ao da materialização, afirmando que as inovações tecnológicas e a globalização obrigam que o direito como conhecemos, pautado na materialidade das regras se reinvente para se tornar apto a absorver a complexidade contemporânea¹⁴.

Nessa perspectiva, a eficácia do Direito de Concorrência passa a depender de determinados fatores, assim como a sua utilidade depende da forma como o mercado é dinamizado e sua integridade preservada. Diante dessas palavras, o Direito Antitruste pode ser eficaz na globalização. Basta, para tanto, ser utilizado de forma a emancipar os indivíduos dos riscos imanentes à sociedade pós-moderna, libertando-os, assim, das incertezas e dissensões que reinam na sociedade corruptível e não solidária.

Assim, na globalização, o Direito de Concorrência tem o papel de servir de mecanismo de respeito aos direitos dos consumidores, bem como de ampliar arestas para os agentes econômicos dialogarem com a estrutura de mercado seguro, a partir de programas de self-regulation na busca da ética e da gradativa diminuição da corrupção na Administração e na livre concorrência. Estando presente esse conjunto de ações integrativas, o Direito Antitruste pode se apresentar mais adequado ao retorno da ética coletiva e da solidariedade, cerceada pelos efeitos da globalização.¹⁵

3.A Constituição como farol do Direito Concorrencial e dos mecanismos anticorrupção

O cenário mercantil, conforme assinalado, encontra-se jungido pelo risco¹⁶. A busca desenfreada pela quantidade de ganhos em tempo recorde parece ser a tônica vivida pelos agentes econômicos que atuam estritamente nas relações privadas ou também nas contratações com o Poder Público.

A alta burocracia administrativa e a facilidade de realizar condutas camufladas de regularidade tornaram-se atividades comuns nas relações mercantis.

Esse cenário, portanto, é palco propício e convidativo – ainda que de forma pseudos – para a concretização das atividades ilícitas de corrupção e de irregularidades que desestabilizam a concorrência entre empresas, que deveria se pautar pela lealdade e



honestidade.

E o que é mais assustador, tais condutas comportamentais parecem ter se inserido nas relações comerciais de maneira bastante sagaz e discreta, a ponto de se tornar “normal” para muitos agentes econômicos.

Nesse contexto, ganha cada vez mais plasticidade a ideia da chamada “corrupção branca”, a qual traduz uma corrupção infiltrada na máquina pública marcada pela sua oficialidade e institucionalização, como se fosse um ato regular e lícito.

Acerca da expressão acima, Heidenheimer, citado por Fábio Medina Osório, afirma que a mais comum de todas as modalidades talvez seja, curiosamente, a chamada “corrupção branca”¹⁷, aquela que penetra sorrateiramente nas instituições, ganhando ares de oficial e institucionalizada. É a corrupção dotada de aspecto legal ou institucional, reproduzida de modo sutil na sociedade, sem comportar os mesmos remédios destinados àquelas modalidades mais ostensivas. Por estar acobertada, essa espécie de ‘corrupção’ talvez seja a mais grave de todas, com efeitos invisíveis e culturais muito importantes, dificultando quando não inviabilizando seu controle e contenção.

Que tais atitudes parecerem ser um oceano de irregularidades e de efeitos nefastos não há dúvidas. Que as tentativas realizáveis de obstaculização de tais males nas relações públicas e comerciais são como pequenos barcos que navegam desorientados num vasto oceano, também, é uma certeza.

Necessário, portanto, intensificar programas de lealdade e honestidade, de forma a proporcionar mais integridade nas relações do direito concorrencial. A primeira atitude e ponto de partida irradiador para derivativos que ajudarão esse oceano a ter barcos navegáveis em quantidade relevante e em um sentido unívoco de legalidade certamente perpassa pela premissa de produzir a aproximação entre o direito concorrencial e os valores constitucionais, assim como encarar a Constituição como um farol para o sucesso dos programas de integridade.

De forma prática e objetiva, assevera Ana Frazão que a aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição é cada vez mais necessária, uma vez que a repressão ao abuso de poder econômico apresenta nítidas implicações com o Estado Democrático de Direito e a salvaguarda das liberdades e da democracia, compromisso que é garantido por uma ordem econômica formada por princípios constitucionais deontológicos e vinculantes.¹⁸

Nesse contexto, exsurtem os programas de compliance, estruturas para o bom cumprimento das leis, as quais precisam estar arrimadas e em sintonia com os valores constitucionais, pois sem esse intercâmbio deontológico e axiológico não há falar em mercado seguro e íntegro.

E essa tarefa, apesar de não ser simples, não se reveste de dificuldades paradigmáticas ou transcendentais, principalmente quando se verifica e se encara o compliance como inserido no contexto da ordem econômica brasileira e, ao mesmo tempo, derivativo de princípios precursores contidos, no art. 170 da Constituição da República.

Mesmo que não existente de forma expressa, a política de autorregulação encontra na Constituição o seu fundamento de legitimação e validade, o qual irradia seus efeitos para outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Concorrencial, que pode ser evidenciado pelas legislações anticorrupção e da livre-concorrência.

Dessa forma, verifica-se a imbricada necessidade de raciocínio dialógico entre os princípios constitucionais e o Direito de Concorrência, de maneira a superar um (im)provável e aparente distanciamento existente entre os sistemas constitucional e concorrencial.

Convém ressaltar que a ordem econômica possui relação íntima de conformidade com os



ditames da justiça social e tal interligação, por necessidade lógica e em homenagem à legalidade que sempre deve nortear e fundamentar os atos dos agentes econômicos, deve-se pautar pela premissa de que a justiça social é alcançada quando a integridade e honestidade apresenta-se como o alicerce fundamental da relação entre os agentes econômicos entre si e entre estes e o Poder Público.

Com efeito, para instrumentalizar, direcionar, vincular ou até mesmo fundamentar normativamente a concorrência leal e a anticorrupção, os princípios contidos na norma inserta do art. 170 da Constituição Democrática possuem relevantes instrumentos na concretização de tal desiderato.

De outra forma, os princípios da livre-concorrência e da defesa do consumidor, por exemplo, são fios condutores e pontos de partida para que os programas de integridade, os quais visam ao cumprimento de regras voltadas, essencialmente, ao combate à corrupção, irradiem os seus benefícios e espelhem nas relações entre os agentes econômicos, e também com a Administração, o reflexo cristalino e límpido das condutas incorruptíveis e leais no âmbito do mercado econômico.

Com efeito, percebe-se, assim, que a Constituição congrega, ainda, que implicitamente os programas de integridade em seu arcabouço principiológico da ordem econômica, ou seja, o compliance é decorrente dos princípios econômicos e possui neles o seu fundamento originário de legitimação.

Diante disso, como forma de potencializar os valores de lealdade de concorrência e honestidade, por meio da ubiquidade¹⁹ ou efeito irradiador dos princípios, a Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382) previu, expressamente, os programas de compliance, trazendo ao ordenamento jurídico infraconstitucional paradigmas de verdadeira respeitabilidade nas relações de combate à anticorrupção, assim como a Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), o qual não expressamente prevê, mas implicitamente traz regramentos do mesmo jaez nas relações antitrustes.

Não é despidendo, ainda, lembrar do Decreto 8.420/2015, que trouxe à baila explicações e pormenores sobre tal instituto, tamanha sua necessidade e vontade de aplicação, tudo sob o manto de buscar estabelecer a retidão nas relações econômicas.

Tais atos normativos, portanto, refletem a inteira vontade da sociedade, a qual é recebedora de políticas públicas muitas vezes provenientes de uma relação empresarial travada com o Poder Público.

Esse, por meio da obediência à legitimação democrática homenageou a soberania popular, editando normativamente os mecanismos de retidão nas leis produzidas pelos poderes constituídos, por meio de um processo dialógico e digno de um Estado Democrático de Direito.

O compliance pode ser compreendido como consectário da própria ideia de accountability na democracia. Para Guillermo O'Donnell, representação e accountability compõem a dimensão republicana da democracia consubstanciada em uma cuidadosa distinção entre as esferas dos espaços público e privado, em relação aos ocupantes de cargos públicos.²⁰

Em todo regime democrático, há uma ideia de representação daquele que detém o poder político, por conseguinte, está presente a ideia de accountability (dever de prestar contas mediante critérios racionais e previamente estabelecidos) acerca do exercício desse poder. Ou seja, de algum modo, o representante é considerado responsável pela forma como age em nome daqueles que o elegeram. Nas democracias consolidadas, a accountability opera de forma vertical em relação àqueles que elegeram o político (os eleitores). Contudo, também opera de forma horizontal em relação a uma rede de poderes autônomos, ou seja, em face das outras instituições democráticas existentes.



Na mesma linha, Waldron entende que accountability é elemento central da democracia contemporânea que juntamente com a transparência (publicidade dos negócios públicos) constituem a base de nossas concepções de democracia e de prestação de contas democrática.²¹

Portanto, a aproximação de compliance e defesa da concorrência com os valores constitucionais é imprescindível em uma democracia, na medida em que o próprio compliance constitui um feixe de mecanismos que otimiza e assegura a publicidade e prestação de contas daquele que interage com o agente público. Por essa razão, compliance é um dos elementos estruturantes para se falar de accountability.

4. Programas de compliance no mercado brasileiro

4.1 Compliance anticorrupção

O termo compliance refere-se ao conjunto de atividades empresariais, permanentes e independentes, voltadas a propagar a lei, seus princípios e regulamentos internos; orientar como essas normas devem ser cumpridas; fiscalizar a execução dessas normas; promover, internamente, os meios necessários à aplicação de sanções e eventuais infratores, tendo por finalidade precípua salvaguardar os ativos materiais e imateriais da empresa.²²

Certamente, a Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382), considerada como Lei da Empresa Limpa, inaugurou na ordem anticorrupção brasileira um destaque especial no combate a práticas ilícitas ao estatuir expressamente a figura do compliance como atenuante de eventual sanção na apuração da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Sabe-se que tal medida, ao mesmo tempo em que é considerada um avanço na legislação brasileira, encontra no direito comparado suas raízes mais sedimentadas, principalmente no Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), elaborado em 1977 pelo Congresso Nacional norte-americano, assim como, em momento histórico mais recente, no The Bribery Act, editado pela Inglaterra, em 2010.²³

É de se destacar que os dois atos acima nominados se conduzem a um caminho igualitário: descobertas, prevenções de delitos e auxílios ao Estado para coibir as práticas corruptivas. O ponto de intersecção, portanto, é a busca pela integridade e honestidade.

Analisando a conjuntura brasileira, observa-se que, não obstante a edição do Decreto 8.420/2015, a figura do compliance adquiriu maior relevância e dimensão emancipatória²⁴ para a empresa, quando da edição da lei de combate à corrupção, sendo o decreto um regulamento para os parâmetros de avaliação acerca dos programas de integridade.

Sem embargo de reflexões acerca da maior utilidade e eficácia dos programas de integridade, a depender dos tipos de responsabilidade vicarial (vicarious liability)²⁵ ou da culpabilidade própria da empresa, é relevante reconhecer que o enforcement²⁶ é crucial para a instauração, pela lei, de efeitos benéficos para as empresas e para o mercado, na medida em que produz mecanismos de regulação para o coerente comportamento dos agentes econômicos.

A lei de combate à corrupção prevê, no seu art. 7º, inciso VIII, que “serão levados em consideração na aplicação de sanções: a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Tal previsão legal, assim, confere importância aos programas de integridade, além de estimular as empresas a proceder com a viabilidade de instauração no âmbito interno de mecanismos de cooperação de condutas anticorrupção, estabelecendo uma atenuação em casos de sanção.



Cabe, aqui, referenciar crucial observação sobre a vantagem ou não de uma determinada empresa elaborar um custoso programa de compliance, a ponto de relacioná-lo com os benefícios da medida.

Explica-se. Os programas de integridade possuem elevados custos para a sua consecução e manutenção, haja vista que, entre tantos equipamentos a serem adquiridos, materiais que necessitam de aquisição, cursos a serem desenvolvidos e ministrados, relevante se ter, também, um compliance officer nos quadros da empresa, comandando toda a procedimentalização e a supervisão de tais programas²⁷.

Assim, um bom programa de integridade possui custos vultosos, e muito se tem discutido sobre sua eficácia, a ponto de causar a impressão de que apenas uma atenuante nas sanções em caso de tipificação de condutas de corrupção não pudesse valer a pena todo o investimento de uma empresa nesse mister, ou seja, se melhor seria economizar tal valor pois a benesse sancionadora se mostra deveras pequena frente a relação custo x benefícios de instauração da medida.

Ao passo em que a reflexão acima se mostra complexa, pelo menos em uma primeira ótica, percebe-se, após análise mais acurada, que simplista também o é a sua resposta.

A atitude tímida do legislador em conceder uma “pequena” vantagem para a empresa culpada é apenas aparente, pois a benesse de atenuação da sanção promover além de uma grande economia de custos, haja vista a redução ser monetariamente significativa, institui – e aqui reside o principal pilar de sustentação de um compliance integrativo de qualidade – a confiabilidade para a empresa, a qual será certamente receptora de maiores investimentos e consequentemente de maiores ganhos.²⁸

É bem verdade que o legislador poderia, até mesmo no bojo da própria legislação, ousar um pouco mais, a fim de privilegiar as empresas que tem investido quantias vultosas em programas desse jaez, prevendo não somente redução, mas, também, eventual exclusão de responsabilidade.

No entanto, não se pode deixar de entender que tal caminho é uma construção que perpassa, não raras vezes, por maiores tempos de educação e postura social de quem dirige a empresa, sendo um alvo palpável para um porvir ainda emergente e iminente, sendo tal medida legislativa um ponto de partida para o seu desiderato.

4.2 Compliance antitruste

Com efeito, os programas de integridade não são privilégios apenas para controlar condutas consideradas corruptas, mas são utilizados para fiscalizar, outrossim, infrações à ordem econômica, bem como proibir fusões e aquisições que potencialmente possibilitem aumento desleal de preços ou restrição na qualidade para os consumidores.

Assim, vem à baila a Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), fortalecendo a defesa da concorrência e prevendo a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a criação do novo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), demonstrando preocupação relevante contra práticas desleais e que desestabilizam a concorrência sadia no mercado.

Não é despidendo abordar que existem pontos em que se intersectam os ideais da lei da empresa limpa com a lei da defesa da concorrência. Mas o viés do comando legislativo da defesa da concorrência é aprimoramento do mercado com a proteção da concorrência leal, com a defesa do consumidor, com a tutela de condutas que proíbem cartéis e outros sistemas de deslealdade na concorrência.

E, para tal desiderato, os programas de integridade, mais uma vez, mostram-se como permissivos para essa equalização mercantil e apresentam-se como vetores de fomento para práticas onde a estabilização da empresa se concretiza ao extirpar do agente econômico situações desleais e que denigrem as relações empresariais e a concorrência



livre.

Logo, em uma seara um pouco mais diferenciada, porém, com algumas pertinências temáticas com o sistema anticorrupção, insere-se o compliance no bojo do sistema de concorrência. Um ponto de convergência entre os programas de integridade nas leis anticorrupção e antitruste se refere, certamente, ao fato de que os programas de prevenção são atenuantes, e não excludentes de responsabilidade.

Como assevera Ana Frazão, embora no Brasil se estabeleça a imputação automática, a Lei Antitruste assente que o empenho para a prevenção do ilícito seja utilizado como atenuante. Ainda que não haja regra explícita nesse sentido, é a interpretação que o CADE vem dando, a partir do art. 45, inciso II, da Lei n. 12.529/2011 (LGL\2011\4796), segundo o qual a boa-fé do infrator pode ser um critério de dosimetria da pena.²⁹

Evidente que a adoção de um programa de compliance no direito concorrencial significa um grande avanço, na medida em que diminui os riscos de participação de empresas em condutas violadoras da concorrência leal, assim como pode se mostrar como um eficaz mecanismo de combate ao crescimento de cartéis, que, na maioria das vezes, é de difícil caracterização e controle.

Diante disso, cresce sobremaneira o nível de atuação realizada pelo CADE nos impasses antitrustes, a ponto de o referido Conselho ter criado um guia de boas práticas intitulado "Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas dos programas de compliance concorrencial".

Referido documento traz orientações significativas sobre a aplicação do compliance e suas implicações sobre as sanções administrativas, principalmente no que tange à sua dosimetria e ao fomento da produção de uma excelente ferramenta moderna de controle cooperado: o acordo de leniência.

4.3. Do acordo de leniência

O acordo de leniência, instrumento relevante no combate às práticas ilícitas, apresenta-se como forma de aprimorar e privilegiar o compliance dentro de uma empresa. Sabe-se que muitas vezes as irregularidades praticadas revestem-se de certas práticas que os costumes desonrosos parecem camuflar o erro e propiciar uma pseudo e discreta regularização do equívoco.

Assim, entre os numerosos atos e procedimentos dentro de uma corporação, as práticas controladas de irregularidades têm crescido a passos largos, merecendo, também, um combate eficaz e célere. O acordo de leniência surge, assim, com esse propósito e com essa potencialidade.

Os programas de integridade, conforme exposto alhures, consubstanciam-se em um conjunto de medidas preventivas que visam a incentivar o meio corporativo a agir de forma ética e transparente, com meios de controle internos que previnam as práticas ilícitas.

Nesse contexto, o acordo de leniência aplica-se quando em prática de atos lesivos, a fim de isentar ou atenuar as sanções aplicáveis, na medida em que haja a efetiva colaboração com as investigações e com o processo administrativo, com a identificação dos demais envolvidos e obtenção, célere, das informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, o que estimula, ao fim, a aplicação de institutos de adequação e contenção de ilícitos.

Assim, se por um lado a atenuação de sanções para as empresas adotantes de programas de compliance é matéria que causa certo embate discursivo, o legislador, ao prever na mesma legislação, o acordo de leniência, agiu de forma mais integrativa.

Conhecido em Portugal como programa de clemência e na Itália como programma di



clemenza, o acordo de leniência, o qual possui origem nos Estados Unidos, é reconhecido como um acordo de natureza tipicamente administrativa, celebrado entre agentes infratores que confessam a prática irregular e os entes estatais com base nas leis da defesa da concorrência e anticorrupção.³⁰

Demais disso, relevante destacar que o instituto foi internalizado no ordenamento por meio da Média Provisória 2.055, de 11 de agosto de 2000, convertida na Lei 10.149/2000 (LGL\2000\232), que alterou, entre outros, os artigos 35-B e 35-C da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/1994 (LGL\1994\48)). A aprovação da nova lei do CADE (Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796)) consolidou a regulamentação no instituto no Direito Concorrencial a fim de coibir atos anticoncorrenciais. Por sua vez, o acordo como instrumento de combate à corrupção foi estabelecido por meio da Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382).³¹

Dessa forma, na Lei antitruste, assim descrito o acordo administrativo:

“Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

Na lei da empresa limpa, prevê o dispositivo legal instituidor do referido acordo que:

“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”

Da análise dos textos descritos acima, verifica-se que existem similitude de redação e condições de efetividade para a realização do referido acordo de leniência, tanto na esfera de combate à concorrência desleal e práticas anticompetitivas como na seara de prevenção e repressão às condutas corruptivas, devendo o agente colaborador propiciar concretamente a identificação de outros envolvidos na irregularidade, além de ter que angariar dados e documentos comprobatórios da prática delituosa em investigação.³²

Tal acordo, portanto, com a necessidade de adoção de medidas visíveis de efetividade passa de um acordo considerado genérico e in thesis, para uma categoria de acordo específico e in concreto. Exige-se uma condição de executoriedade. Há, portanto, a reivindicação de resultado positivo na desarticulação do evento danoso, seja ele infração atentatória da competitividade ou uma prática de corrupção.

No âmbito de atuação antitruste, o acordo de leniência também é utilizado como instituto capaz de propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais e é celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), representada pela União, e pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, também possuindo o Ministério Público Federal, por sua vez, atuação na celebração de tais acordos.³³

Na seara das condutas anticorrupção, o acordo de leniência possui papel relevante na



descoberta e prevenção de práticas que conduzam a ilícitos administrativos previstos no art. 50. da lei, os quais pressupõem um processo administrativo de responsabilização³⁴.

Relevante destacar o entendimento de Rafael J. Cavalcante acerca da utilização do acordo de leniência na lei da empresa limpa, no sentido de que a Lei Anticorrupção concedeu aos administradores poderes vinculados e discricionários, com um arsenal punitivo e um mandato legal para “negociar” o interesse público com terceiros.³⁵

Por fim, convém destacar que a grande importância de tais acordos coopera sobremaneira na desestabilização da chamada “corrupção branca”³⁶, a qual traduz uma corrupção infiltrada na máquina pública marcada pela sua oficialidade e institucionalização, como se fosse um ato normal e lícito, auxiliando, assim, na diminuição de práticas de corrupção, assim como também nas condutas anticompetitivas.

5 Compliance e a construção de novos paradigmas

5.1. A consciência para o compliance

Sem embargo da diversidade de áreas que carecem de atenção nas práticas antitrustes, não se deve pôr em oblição que a empresa (dirigentes e funcionários) precisam desenvolver uma consciência voltada para os programas de integridade.

E para fomentar e facilitar que os agentes econômicos e suas empresas obtenham uma conduta íntegra, incorruptível e adequada, deve-se formar um pensamento concernente à reabilitação de atitudes éticas e morais dentro do próprio estabelecimento.

Assim, o procedimento a ser adotado necessita ocorrer de dentro para fora, ou seja, estabelecer um interno programa de consciência e políticas educativas para embutir nos objetivos da empresa e das pessoas que nela labutam um sentimento de honestidade e integridade.

Pensar em compliance como mecanismo de diminuição ou eliminação de irregulares significa pensar na empresa em si mesma, nas atitudes internas, no cotidiano de funcionários e principalmente ser um lema inaugurado e arraigado na figura dos dirigentes que estão no comando.

Dessa forma, mais uma vez esclarecedor o escólio de Ana Frazão, no sentido de que

“outro aspecto importante é a exigência de comprometimento da alta administração, o que mostra o potencial do compliance de reconfigurar o próprio dever de diligência dos administradores, que passa a assumir uma importante dimensão organizacional”.³⁷

Nessa ótica, verifica-se que os programas de integridade podem ser considerados um bem e um valor jurídico para a sustentabilidade empresarial, e, como tal, precisa ser incentivado.

Analisar tal assertiva em sentido oposto, além de ocasionar um anacronismo subversivo no combate a práticas irregulares, contribui para a crescente instabilidade empresarial e vulnerabilidade dos agentes econômicos. É por isso que o regime jurídico sancionador tem despontado no Direito Concorrencial de forma considerável.

Diante disso, constata-se que as boas práticas de condutas éticas são de suma importância para o bem-estar empresarial e de todos os consumidores e administrados. Apesar disso, a atividade humana, não raras vezes, tem se mostrado inábil a respeitar os processos de equilíbrio dinâmico da ética mercantil.

Forma-se, assim, uma era de crise de confiabilidade. O problema se concentra, justamente, no fato de que a busca pela integridade e pela retidão nas atividades empresariais surgiu de forma atrasada e nasceu com um desafio ingente: arraigar e sedimentar nos agentes econômicos a premissa de que valores de honestidade são



eficazes para o ganho de sustentabilidade e de estabilidade nos negócios. Instituir essa consciência ética é a primeira etapa.

5.2.A autorregulação e a estabilidade empresarial

Os programas de compliance, seguramente, nos dias atuais, têm sido alvo de estudos e análises para se estabelecer uma empresa viável e segura sob o ponto de vista da confiabilidade dos negócios.

Para se entender de forma mais razoável e fidedigna o que significam os programas de compliance e com o fim de estabelecer metas de relação de tais programas de integridade com o combate à anticorrupção e à concorrência desleal, mister se faz estabelecer metodologias de ensino, acerca das ideias sugeridas pelo próprio vocábulo.

Assim, compliance denota agir de acordo com um regramento e entendimento. A origem do vocábulo advém do verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna ou um comando.³⁸

Muito se tem falado, no momento contemporâneo, sobre a importância dos programas de autorregulação. O cenário do mercado caracterizado pela instabilidade monetária, aliado à vulnerabilidade política e ao crescente alargamento das chances de obtenção de lucros de forma fácil e ilegal, são fatores que clamam pela urgente adoção de medidas de contenção ou restrição da corrupção e da concorrência desleal no mercado.

Diante disso, não é exagero afirmar que a sustentabilidade e a perenidade de uma empresa e sua imersão positiva no mercado possuem, nos programas de integridade, um termômetro salutar e cada vez mais indispensável.

A novel realidade de combate à corrupção e à concorrência desleal, assim como a premente necessidade de elevação da confiabilidade e comprometimento da empresa para as suas relações com o mercado deixaram de ser uma tendência para ser estrito dever de ação.

Sabe-se que as empresas, por mais diferentes que sejam, devem se adaptar aos avanços do mercado. E tais avanços se caracterizam pela busca da integridade e pela instauração de mecanismos de restrição de práticas ilícitas, uma vez que, agindo assim, a empresa se compromete perante seus funcionários e, também, diante da sociedade, aumentando, por conseguinte, a sua respeitabilidade, o que gerará certamente um aumento de ganho nos negócios, tanto formal quanto materialmente.

Percebe-se um resultado positivo formalmente quando a empresa agrega um crescente ganho de capital com a celebração de mais contratos e com a realização de maiores transações comerciais, culminando, assim, em um alargamento nos lucros com os negócios realizados.

No que tange ao ganho negocial em sua forma material, caracteriza-se pelo aumento da respeitabilidade e confiança da empresa perante a sociedade e também perante o Poder Público, o que faz com que eleve sua moralidade e integridade na condução honesta das relações mercantis.

Diante desses comentários, pode-se, então, estabelecer uma premissa fundamental no Estado contemporâneo: a construção de uma empresa viável promove a construção de um bem-estar mercantil. E para a edificação de uma pessoa jurídica que possua foco no ganho de capital, o bem-estar mercantil certamente é o desiderato maior para sua sobrevivência, a qual dependerá, cada vez mais, de sua viabilidade e conceito perante a sociedade e o Poder Público.

Essa tarefa, contudo, individualmente considerada, não se mostra palpável sem que a seriedade da empresa seja consagrada no mercado econômico, o qual exige a adoção de práticas de integridade e ética para a consecução de suas atividades e crescimento fugaz



de sua respeitabilidade para com suas relações profissionais.

5.3 Compliance na construção da ética emancipatória: a importância das práticas de integridade para o mercado

Muitas empresas, atualmente, sofrem uma perspectiva de regulação científica sem valorizar normas que de fato são relevantes para uma sustentabilidade econômica. Vivem uma atrofia ética nos seus valores instituidores. Edificam para si uma prisão de deslealdade e corrupção, contribuindo para a desestabilização do mercado e danos sociais subjacentes a essa conduta.

Nessa perspectiva, verifica-se que as empresas necessitam de uma integralização de normas éticas e de regulamentações deontológicas, a fim de que os princípios, os fundamentos e os valores morais de uma empresa sejam, de fato, preponderantes na confiabilidade das suas relações mercantis. Os programas de compliance propiciam tal caminho.

A previsão de condutas claras de comportamento para todos aqueles que trabalham direta e indiretamente ou que dela – empresa – dependem, a elaboração de regras de conduta, a inserção de valores nas relações discutidas, a afirmação de práticas educativas de orientação para o que é justo e reto, a adoção de mecanismos de punição em casos de transgressões de condutas aos padrões éticos e morais, enfim, um sem-fim de atitudes, práticas e regras de conduta são os elementos vetores para a implementação, em uma empresa, de mecanismos de crescimento emancipatório.

Sabe-se que o Direito Concorrencial reveste-se de grande utilidade para a economia de mercado e toda a sociedade, pois o modo como é analisado e utilizado reflete substancialmente na movimentação útil de riquezas e, por conseguinte, na qualidade de vida das empresas e, indiretamente, da comunidade, principalmente na moralidade e na ética de suas atividades.

Exatamente nesse sentido, de valorização da probidade, os programas de integridade apresentam a importância e o papel de densificar, firmar, dar sustentação ao mercado e viabilidade à empresa, na medida em que busca integralizar esforços, tanto do setor privado como no governamental, de forma a compatibilizar o crescimento econômico e a estabilidade mercantil com os escopos de promoção da honestidade na economia, contribuindo para a edificação de empresas viáveis que sustentarão o bem-estar mercantil.

Assim, os programas de compliance, capazes de estabelecer parâmetros de atuação que possibilitem a escolha de decisões éticas de forma a energizar o mercado, são instrumentos utilizados para a inserção da honestidade no mercado, bem como para diminuição das possibilidades de práticas ilícitas, os quais são, inclusive, previstos na Lei Anticorrupção como “elementos purificadores de irregularidades”³⁹.

Compreender o compliance como elementos que clarificam práticas anormais de conduta, portanto, concede-lhe um papel relevante nunca antes observado no Direito brasileiro de forma expressa.

Dessa forma, percebe-se que as atitudes integrativas devem criar critérios e aspectos capazes de organizar o mínimo de sobrevivência e dignidade para as empresas. Com esse pressuposto do mínimo fundamental e, tendo como base a ideia de empresa viável, constituído a partir da integralização dos esforços dos próprios agentes econômicos e também das autoridades públicas, a economia de mercado possui grandes chances de crescimento e valorização de lucros, proporcionando a redução da corrupção e da deslealdade concorrencial e o aumento da confiabilidade empresarial.

6. Disposições finais

O momento histórico da sociedade pós-moderna tem sido marcado por um risco de



incertezas na economia e na política. E, nesse cenário de instabilidade nas relações entre agentes econômicos, práticas ilícitas têm despontado como uma possibilidade de ganho acelerado de riquezas desprestigiando a necessária ética nas relações empresariais.

Analisar tal situação desfavorável, em que as condutas do ser humano e de muitas empresas cada vez mais se afastam dos valores éticos e morais, mediante prática institucionalizada e reiterada de ilícitos, inevitavelmente perpassa pela observação de uma postura conflitante com os valores emanados na Constituição da República.

Como forma de coibir tais ilicitudes, as quais têm perturbado a ordem da honestidade nos negócios, gerando corrupções vultosas, bem como atrapalhado a lealdade na concorrência entre empresas, propiciando anticompetições e formação de cartéis, a adoção, por parte das empresas dos programas de integridade conhecidos como instruções de compliance, tem despontado como uma forma de enfrentamento de tais condutas nesse momento de instabilidade.

Sabe-se que a Constituição da República elencou, no art. 170, uma base principiológica relacionada à ordem econômica e estabeleceu como uma de suas orientações os princípios da livre-concorrência e da proteção do consumidor. Assim, pode-se dizer, conforme visto, que os programas de integridade são consectários e derivam de tais princípios constitucionais, promovendo um diálogo cooperativo entre a Constituição e o compliance. Com efeito, mister referenciar que tais programas são observados e utilizados no âmbito do direito concorrencial e na Lei da Empresa Limpa, configurando-se, respectivamente, como compliance antitruste e compliance anticorrupção.

Dessa forma, a inserção das condutas éticas e morais pelos agentes econômicos propicia, assim, a honestidade nos negócios e a integridade da empresa frente ao cenário mundial, demonstrando respeitabilidade e sustentabilidade nos negócios, ao passo que afasta as práticas corruptivas e anticompetitivas. Para tanto, é preciso entender os programas de integridade como verdadeiros vetores propulsores de paradigmas relevantes para a instauração de uma consciência pautada pela retidão dos negócios. É importante, pois, ter vontade pelo compliance.

Sem isso e sem o seu devido enforcement, os valores éticos, a competição sadia entre os agentes econômicos e a honestidade nas relações empresariais quedam-se cada vez mais distantes de uma estabilização da economia e da sustentabilidade retilínea do mercado.

A globalização e os atributos da pós-modernidade, portanto, exigem a adoção de tais mecanismos. O compliance, por fim, tem, nesse desiderato, a sua pedra fundamental e o destaque justo para a confiabilidade dos agentes econômicos e energização das relações empresariais.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Los derechos constitucionales y el sistema jurídico. In: Teoría del discurso y derechos constitucionales. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

BAGNOLI, Vicente. Programa de leniência é instrumento de combate a cartéis. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-out-28/vicente-bagnoli-programa-leniencia-instrumento-combate-carteis]. Acesso em: 02.2019.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BLUM, Renato Opice; ZAMPERLIN, Emelyn. Compliance, responsabilidade empresarial e segurança da informação. Revista Brasileira de Direito Comercial. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 97-102. ago.-set. 2015.



CAVALCANTE, Rafael Jardim. O controle externo da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CELLARD, A. A análise documental. In: A pesquisa qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 1997.

DOS SANTOS; Ticiane Bezerra; MOTA, Camila Marques Andrade; PAGLIATO, Wagner. Compliance: tendência mundial na prevenção de riscos e combate à corrupção. Disponível em: [\[www.sindcontsp.org.br/uploads/acervo/arquivos/6c3ae4b2a41137e6c5e855ed1024246f.pdf\]](http://www.sindcontsp.org.br/uploads/acervo/arquivos/6c3ae4b2a41137e6c5e855ed1024246f.pdf). Acesso em: 14.02.2019.

ETHICS RESOURCE CENTER. Leading corporate integrity: defining the role of the chief ethics & compliance officer (CECO). Washington: ERC, 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FILHO RECH, Arby Ilgo. Acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. In: FRAZÃO, Ana (Org.). Constituição, empresa e mercado. Faculdade de Direito – UnB, 2017.

FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

JASANOFF, Sheila. The Fifth Branch. Harvard University Press, 1994.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? Novos Estudos CEBRAP, n. 31. out. 1991.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Ed. RT, 2013.

POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. New York: Wolters Kluwer, 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIK, Dani. The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy. New York and London: W.W. Norton, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

WALDRON, Jeremy. Accountability and Insolence. In: Political political theory. Londres: Harvard University Press, 2016.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and Proceduralization in Modern Law. In: Gunther Teubner (Org.). Dilemmas of Law in the Welfare State. New York: Walter de Gruyter, 1988.



1 cf. JASANOFF, Sheila. *The Fifth Branch*, Harvard University Press, 1994. *Passim*.

2 A expressão é desenvolvida por John Braithwaite, propagador da ideia de “autorregulação regulada”. Cf. VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

3 Cf. CELLARD, A. A análise documental. In: *A pesquisa qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

4 Cf. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

5 Cf. VERÍSSIMO, Carla. *Op. Cit.*

6 Cf. RODRIK, Dani. *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*. New York and London: W.W. Norton, 2018.

7 Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

8 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento, 2000.

9 SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994. p. 278.

10 Sobre a relação entre o Direito da Concorrência e a proteção da inovação, Ana Frazão assim leciona: “Embora a preocupação com as relações entre o Direito da Concorrência e a inovação seja antiga, foi potencializada com o advento da sociedade da informação e da globalização econômica, fenômenos que aumentaram em grande medida a dinâmica dos mercados. Especialmente os setores mais influenciados pela internet e pela alta tecnologia vêm adotando novos modelos de negócio que pressupõem uma profunda reorganização da atividade empresarial. O comportamento dos agentes de mercado é, sem dúvida, condicionado pelos efeitos da inovação tecnológica, sobretudo no que diz respeito aos chamados negócios disruptivos, ou seja, negócios que alteram a dinâmica dos mercados”. (FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*. p. 58).

11 Acerca da premissa da racionalidade e do custo da informação sobre dados futuros, Posner assevera, na tradução de Carla Veríssimo: “A maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente. Economia não é uma teoria sobre consciência. O comportamento é racional quando se conforma ao modelo da escolha racional, qualquer que seja o estado de espírito daquele que escolhe. Nessa linha, os animais são racionais. A racionalidade também não é onisciência. A informação custa, e frequentemente os custos são proibitivos, especialmente quando a informação que se deseja se refere ao futuro. A escolha racional aceita que a habilidade das pessoas em processar informação é limitada – há custos não apenas para obter a informação como para absorvê-la e utilizá-la”. (VERÍSSIMO, Carla. *Compliance*, p. 220. Para os leitores que preferem o original, assim se encontra o texto: “Rational maximization should not be confused with conscious calculation either. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. So animals are rational. Nor is rationality omniscience. Information is costly, and often the costs are prohibitive, especially when the information one would like to have concerns the future. Rational choice theory accepts that people’s ability to process information is limited – there are costs not only of obtaining information but also of absorbing and using it”. (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York:



Wolters Kluwer, 2014. p. 3-4).

12 Ulrich Beck preconiza que: "em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente 'latentes efeitos colaterais' rebatem também sobre os centros de sua produção. Beck acrescenta: "os antigos 'efeitos colaterais imprevistos' tornam-se assim efeitos principais visíveis, que ameaçam seus próprios centros causais de produção. A produção de riscos da modernização acompanha a curva do bumerangue" (BECK, Ulrich. Sociedade de risco, p. 44-45).

13 Para Dani Rodrik, "how do we manage the tension between national democracy and global markets? We have three options. We can restrict democracy in the interest of minimizing international transaction costs, disregarding the economic and social whiplash that the global economy occasionally produces. We can limit globalization in the hope of building democratic legitimacy at home. Or we can globalize democracy, at the cost of national sovereignty. This gives us a menu of options for reconstructing the world economy". Em tradução livre, tem-se: "Como administramos a tensão entre a democracia nacional e os mercados globais? Nós temos três opções. Podemos restringir a democracia no interesse de minimizar os custos de transação internacional, desconsiderando o efeito econômico e social que a economia global ocasionalmente produz. Podemos limitar a globalização, na esperança de construir legitimidade democrática em casa. Ou podemos globalizar a democracia, ao custo da soberania nacional. Isso nos dá um menu de opções para reconstruir a economia mundial". (RODRIK, Dani. The Globalization Paradox, p. 184).

14 WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and Proceduralization in Modern Law. In: Gunther Teubner (Org.). In: Dilemmas of Law in the Welfare State. New York: Walter de Gruyter, 1988. Passim.

15 Cf. FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência. Passim.

16 Nesse contexto, citado por Paulo Fernandes, Beck afirma que o risco é um "sinal de perspectiva e de escolha, de perigo e de desafio, de angústia e de ousadia, de atenção e de cuidado" (FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal: Panorâmica de Alguns Problemas Comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 19).

17 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 35.

18 FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência. p. 30.

19 O efeito de irradiação ou ubiquidade dos direitos fundamentais gera um "efeito horizontal", sendo aplicados em demandas de jurisdição ordinária. Para Alexy, "los valores o los principios encontrados en los derechos fundamentales no son solamente aplicables a la relación entre individuo y el Estado, senon a la todas las demas areas del Derecho" (ALEXY, Robert. Los derechos constitucionales y el sistema jurídico. In: Teoría del discurso y derechos constitucionales. México: Distribuciones Fontamara, 2005. p. 74-75).

20 O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? Novos Estudos CEBRAP, n. 31, out. 1991, p. 32.

21 WALDRON, Jeremy. Accountability and Insolence. In: Political Political Theory. Londres: Harvard University Press, 2016. p. 167-174.

22 BLUM, Renato Opice; ZAMPERLIN, Emelyn. Compliance, Responsabilidade Empresarial e Segurança da Informação. Revista Brasileira de Direito Comercial. Porto



Alegre, v. 1, n. 6, ago.-set. 2015, p. 97-102.

23 Cf. VERÍSSIMO, Carla. Compliance, 2017.

24 Analisar a “dimensão emancipatória” sugere o leitor a reflexão sobre a elevação da confiabilidade e sustentabilidade de uma empresa no mercado nacional e internacional e na estabilização de suas relações com os agentes econômicos, em contrapartida a uma dimensão regulatória de condutas ilegais, o que proporciona uma postura de integridade e respeitabilidade no cenário político-econômico no mundo globalizado.

25 Relevante afirmar que a Lei Anticorrupção, no seu art. 2º, adotou explicitamente as premissas da vicarious liability: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Situações análogas ocorrem nos Estados Unidos com a US Sentencing Guidelines (§2.5), na Itália com o Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM e no Reino Unido com o Office of Fair Trading – OFT.

26 O termo sugere a interpretação de “efetiva aplicação da lei”.

27 cf. ETHICS RESOURCE CENTER. Leading corporate integrity: defining the role of the chief ethics & compliance officer (CECO). Washington: ERC, 2007.

28 Cf. VERÍSSIMO, Carla. Compliance, 2017. Passim.

29 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, p. 285.

30 BAGNOLI, Vicente. Programa de leniência é instrumento de combate a carteis.

Disponível em:

[www.conjur.com.br/2013-out-28/vicente-bagnoli-programa-leniencia-instrumento-combate-carteis]. Acesso em: 02.2019.

31 FILHO RECH, Arby Ilgo. Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. In: FRAZÃO, Ana (Org.). Constituição, empresa e mercado. Faculdade de Direito – UnB, 2017. p. 30-47.

32 FILHO RECH, Arby Ilgo. Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. In: FRAZÃO, Ana (Org.). Constituição, empresa e mercado. Faculdade de Direito – UnB, 2017. p. 30-47.

33 As empresas Odebrecht S/A, holding do Grupo Odebrecht, e a Braskem S/A se comprometeram a implementar programas de compliance e submeter-se a monitoramento independente pelo prazo médio de dois anos. Tal monitoramento foi o primeiro ocorrido na história do Brasil (VERÍSSIMO, Carla. Compliance, p. 343).

34 Importante frisar, neste tópico, a possibilidade de uma conduta tipificada como anticorrupção, descrita no art. 5º. da Lei 12.846/2013 (LAC), ser punida independentemente, sem exclusão da possibilidade de aplicação de sanção por ato de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, guardando similitudes entre as ações. No entanto, aquela prevê a possibilidade de acordo, enquanto nesta, de maneira arcaica e sem privilegiar o dialogismo cooperativo, necessário para uma aplicação eficiente e adequada em interesses dessa monta, veda a possibilidade da avença (art. 17, § 1º, LIA) Sobre a temática da independência de instâncias, ver QUEIROZ (Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 573-626)

35 CAVALCANTE, Rafael Jardim. O controle externo da Lei Anticorrupção. In: SOUZA,



Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 407-442.

36 O tema foi abordado no item 3, intitulado "A Constituição como Farol do Direito Concorrencial".

37 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, p. 281.

38 DOS SANTOS; Ticiane Bezerra; MOTA, Camila Marques Andrade; PAGLIATO, Wagner. Compliance: tendência mundial na prevenção de riscos e combate à corrupção.

Disponível em:

[www.sindcontsp.org.br/uploads/acervo/arquivos/6c3ae4b2a41137e6c5e855ed1024246f.pdf]. Acesso em: 14.02.2019.

39 A expressão por nós criada e utilizada sugere o leitor a pensar nos programas de compliance como importantes requisitos ou ferramentas para uma adequada higidez empresarial no combate à corrupção e à concorrência desleal e, por via lógica de consequência, benéficos para a própria respeitabilidade e confiabilidade das empresas, de forma a manter uma estabilização de condutas frente ao mercado. Não obstante tal significado, não se afirma que a ausência de programas de integridade seja algo impuro ou maléfico para empresas que não adotem tal prática, mas, sim, intenta-se demonstrar que a sua aplicação é medida saudável, destituída de sentimentalidade nociva para as relações entre os agentes econômicos.