

Corrupção e compliance

Um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral

Parte I

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

A regulação jurídica dos mercados arquitetada no século XIX baseava-se em acentuada dicotomia entre direito, de um lado, e ética e moral, de outro¹. Sob essa perspectiva, somente as regras éticas e morais, que poderiam ser compreendidas a partir da noção kantiana de imperativo categórico, seriam cumpridas de forma absoluta e incondicional, na medida em que poderiam ser aceitas como leis universais. Já as regras jurídicas estariam associadas ao domínio dos imperativos hipotéticos, os quais, por estarem atrelados a determinados fins, seriam cumpridos de acordo com os interesses do agente em atingir ou não os referidos fins.

Nesse sentido, o temor de evitar a sanção é visto como a principal razão – senão a única – para o cumprimento das normas jurídicas. Logo, é esperado que a regulação jurídica dos mercados seja baseada na coercitividade do aparato sancionatório estatal, partindo-se da premissa de que isso seria suficiente para orientar os agentes econômicos para o respeito à legalidade. Não há, nesse contexto, maior preocupação com o fato de que as regras jurídicas também podem – ou mesmo devem – ser aplicadas em razão do seu valor intrínseco e independentemente das consequências negativas que decorrem da sua violação.

Tal forma de compreensão do direito está relacionada a modelos regulatórios que adotam a premissa de que regular juridicamente a atividade econômica é essencialmente emitir comandos, vigiar o seu cumprimento e punir os infratores. Nesse sentido, o protagonismo do Estado decorre da possibilidade da

¹ O presente artigo não tratará das discussões a respeito das distinções entre ética e moral, utilizando as duas expressões como sinônimas e vinculadas à ideia de imperativo categórico, a fim de fazer contraste com a visão tradicional do direito, associada à ideia de imperativo hipotético.

utilização da força e de mecanismos coercitivos para assegurar a aplicação das normas jurídicas.

É interessante notar que tal perspectiva, que tem grande influência até hoje, não foi superada nem mesmo pela análise econômica do direito. Pelo contrário, a abordagem econômica continua reconhecendo o protagonismo da sanção, ainda que por metodologia mais sofisticada, a partir da qual seria possível até mesmo quantificar o risco do descumprimento das normas jurídicas.

Um famoso exemplo, nesse sentido, é a proposta de Gary Becker², que procura compreender a decisão de praticar ou não o ilícito como o resultado de um processo de maximização de utilidade, em que o indivíduo confronta e sopesa os potenciais ganhos da ação criminosa com as perdas, a partir de análise que considera o valor da punição e as probabilidades de descoberta e aprisionamento.

Sob essa ótica, muda-se apenas o enfoque atribuído à sanção. O temor geral de estar sujeito aos mecanismos coercitivos estatais é substituído pelo cálculo preciso que possibilitará ao agente econômico concluir pela racionalidade ou não da prática da infração. Nesse contexto, caberá à regulação encontrar soluções nas quais os incentivos econômicos para o cumprimento das normas sejam superiores aos incentivos econômicos para o seu desrespeito.

Vê-se que tal postura continua se baseando na cisão entre direito, de um lado, e ética e moral, de outro, partindo da premissa de que o valor intrínseco da norma jurídica não será considerado pelo agente no momento de decidir pelo seu cumprimento, pois o que importa é a fria análise de custo-benefício realizada a partir da ótica do *homo oeconomicus*.

Todavia, após mais de dois séculos marcados pelo protagonismo desse modelo de regulação baseado na sanção, parece que, finalmente, ele está prestes a ruir ou pelo menos perder a sua exagerada centralidade. Nesse sentido, há diversas evidências que apontam que essa forma de compreender o direito e a regulação jurídica vem passando por uma transformação, diante da crise dos seus pressupostos e das evidências dos seus efeitos práticos reduzidos.

No que diz respeito aos pressupostos, é fácil observar que os modelos de regulação baseados apenas no temor da sanção não são necessariamente eficazes

² BECKER, Gary; LANDES, William. *Essays in the economics of crime and punishment*. In: _____. *Crime and punishment: an Economic approach*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1976.

pois, como aponta Habermas³, em uma sociedade cada vez mais plural e complexa, o direito não pode se impor apenas pela força, precisando se impor igualmente pela legitimidade, na medida em que, para ser efetivo, as pessoas precisam aceitar racionalmente aquilo que delas é exigido.

Da mesma maneira, não se pode adotar, como premissa de comportamento, a ideia de que o homem age sempre em favor do seu próprio interesse e a partir de um cálculo de custo-benefício entre as consequências positivas e negativas de cada alternativa.

Baseada no paradigma do *homo oeconomicus*, essa postura parte de premissas irrealistas, pois, como bem demonstram autores como Kahneman⁴ e Thaler⁵, as escolhas humanas são condicionadas pela racionalidade limitada, vieses e falhas de percepção. Soma-se a isso a assimetria informacional, que está presente na maior parte das decisões, ainda mais naquelas cujos efeitos ocorrerão a longo prazo, e chega-se a conclusão de que dificilmente as pessoas decidem com base em cálculos precisos e eficientes.

Do ponto de vista prático, tais evidências estão bem retratadas no livro de Eugene Soltes, *Why they do it*⁶. Depois de oito anos pesquisando os motivos que levam à prática dos ilícitos de colarinho branco, incluindo entrevistas com executivos processados ou presos por ilícitos dessa espécie, o professor concluiu que as práticas ilícitas, longe de decorrerem de um cálculo de custo-benefício, eram resultado de ações não calculadas e muitas vezes baseadas na suposição de que ajudariam as empresas a aumentarem os seus lucros⁷.

Em sentido próximo, estudos da economia comportamental, da economia neoinstitucional e da sociologia econômica também vêm mostrando que as pessoas não cumprem ou deixam de cumprir a lei a partir de um cálculo de custo-benefício. Como seres sociais que são, as instituições, o meio social, os valores de determinada comunidade, as diversas dinâmicas de grupo, a cultura e mesmo o exemplo são

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. São Paulo: Objetiva, 2012.

⁵ THALER, Richard. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2016.

⁶ SOLTES, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public affairs, 2016.

⁷ Ver: FRAZAO, Ana. *Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-fraza-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>.

fatores tão ou mais determinantes para a ação humana do que o cálculo racional de utilidades.

Tais reflexões obviamente não afastam por completo o modelo do *homo oeconomicus*, pois, sem dúvida, este representa parte da ação dos homens. Apenas mostram que a complexidade da natureza humana não pode ser reduzida ao cálculo autointeressado, fazendo do egoísmo um princípio não apenas de comportamento, mas sobretudo de racionalidade.

Afinal, se não se pode partir da premissa de que os homens são anjos, igualmente não se pode partir da premissa de que são demônios, insensíveis ao meio social, aos valores comunitários e às outras pessoas. Acresce que, em razão das limitações da racionalidade, não necessariamente existe coerência entre os fins e os meios adotados na ação humana, que é muitas vezes errática e sujeita a fatores irracionais, como o efeito manada.

Tudo isso leva à conclusão de que a regulação jurídica não pode estar assentada unicamente em um conjunto eficiente de sanções, partindo ora da premissa do temor da coerção estatal, ora da premissa de que homens racionais conseguirão calcular adequadamente as consequências de suas escolhas, de forma que cumprirão as normas jurídicas apenas quando houver incentivos econômicos para tal.

A cisão entre direito e moral presente nessas abordagens é extremamente complicada, pois desconsidera o fato de que as pessoas precisam também entender o valor intrínseco das regras que lhes são impostas e essa compreensão, ainda mais quando endossada pelas instituições e práticas sociais, pode ser um móvel muito mais poderoso para o agir humano do que a sanção.

Não bastasse a crítica aos pressupostos da excessiva valorização da sanção, ainda há a questão pragmática de que o Estado não tem infraestrutura e condições necessárias para vigiar todos ao mesmo tempo, assegurando o *enforcement* de todas as regras por ele previstas e aplicando, de forma rápida e eficiente, a sanção para os infratores.

Logo, ainda que a regulação jurídica baseada na sanção fosse justificável do ponto de vista das premissas, teria – como de fato tem – alcance prático limitado, o que realça a necessidade de se encontrar diferentes caminhos e alternativas para a regulação dos mercados que possam superar as deficiências já apontadas.

Tal preocupação é especialmente relevante no âmbito do ilícito corporativo em geral e sobretudo no âmbito da corrupção. Com efeito, a experiência recente deixou claro que o problema da corrupção não se resolve apenas com a previsão e a imposição de sanções. Isso soluciona, na melhor das hipóteses, as consequências do descumprimento das normas, mas não as suas causas pois⁸, como bem resume Susan-Rose Ackerman⁹, o problema da corrupção é essencialmente um problema de instituições, de incentivos e de ética pessoal.

Por instituições, devemos entender as regras que definem o comportamento e a atuação das pessoas ou, no caso da atividade econômica, as regras do jogo¹⁰. As regras jurídicas são apenas uma parte de um conjunto muito mais sofisticado, no qual as regras sociais têm um peso tão ou mais importante do que o das regras jurídicas, sendo muitas vezes a principal causa de ineficácia destas últimas.

Portanto, pouco adiantará a existência de pesadas sanções, se existem regras sociais que incentivam a ignorância das regras jurídicas ou mesmo o seu descumprimento frontal. Logo, um especial olhar precisa ser dedicado à cultura e aos valores sociais, bem como à importância do exemplo e das dinâmicas de grupo, os quais são muitas vezes os aspectos mais determinantes do comportamento humano, reduzindo ou mesmo minando os incentivos para o cumprimento das regras jurídicas.

Da mesma maneira, a ética pessoal é um vetor de alta importância, pois destaca o aspecto de que, quando as pessoas entendem o valor intrínseco de suas ações, sentem-se mais motivadas para cumprir as regras correspondentes, independentemente do temor da sanção ou mesmo do cálculo econômico. Acresce que a exteriorização da ética pessoal também tem importantes repercussões sociais, especialmente quando é feita por pessoas que exercem liderança, comando ou papéis sociais nos quais as outras pessoas podem se espelhar.

Logo, quando se analisa a questão do cumprimento das regras jurídicas pela perspectiva das instituições e da ética pessoal, observa-se que os incentivos decorrentes das sanções não são suficientes para endereçar os problemas apontados.

⁸ Ver FRAZAO, Ana. *Arquitetura da corrupção e as relações de mercado. Somente uma mudança institucional profunda pode gerar frutos consistentes e duradouros*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arquitetura-da-corrupcao-e-relacoes-de-mercado-30052016>.

⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. Nova Iorque: Academic Press, 1978.

¹⁰ Ver: NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Evidencia-se a necessidade de que a regulação jurídica possa estabelecer um diálogo com as instituições e com a ética pessoal e coletiva, preocupando-se com a legitimidade e aceitação racional das normas jurídicas pelos destinatários, bem como com a utilização eficiente do direito para a modificação das instituições e para o fomento da própria moral e da ética.

Tais questões mostram que a segregação marcante entre direito e moral precisa ser superada, a fim de se encontrar caminhos para a regulação jurídica que se baseiem igualmente na aceitação do valor intrínseco das regras jurídicas e no potencial transformador que estas podem ter no seio social, direcionando e transformando as práticas sociais e sendo fatores de estímulo e consolidação de valores morais e éticos.

É nesse sentido que se pode analisar as perspectivas da regulação jurídica dos mercados em suas diversas variações, dentre as quais os incentivos ao *compliance*, como será mais bem desenvolvido no próximo artigo, que será a continuidade do presente.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/regulacao-juridica-corrupcao-e-compliance-27062018>

[Publicado em 27/06/2018](#)