

Corrupção e compliance

Um exame à luz das relações entre direito e moral

Parte III

Ana Frazão

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

Os artigos anteriores procuraram demonstrar a fabilidade do modelo de regulação jurídica baseado apenas na sanção e, a partir desta constatação, apontar como o *compliance* pode ser um excelente mecanismo para superar a segregação absoluta entre direito e moral, possibilitando o encontro de novos caminhos para a regulação jurídica que se baseiem igualmente na aceitação do valor intrínseco das regras jurídicas e no potencial transformador destas.

Entretanto, foi igualmente mencionado que, em razão dos altos custos de um bom programa de *compliance*, a regulação jurídica tradicional – a heterorregulação – precisa criar os incentivos adequados para que os agentes voluntariamente os adotem, tanto do ponto de vista valorativo – como imperativos categóricos – mas também do ponto de vista do interesse pessoal, especialmente o econômico – imperativos hipotéticos.

É com base nessa perspectiva que se deve analisar o papel da Lei Anticorrupção, legislação que já apresenta um desafio inicial, na medida em que adota a responsabilidade objetiva dos agentes econômicos. Logo, por mais que estes tenham adotado excelentes programas de *compliance*, fazendo todo o possível para evitar o ilícito, jamais terão a exclusão da pena em razão de tais iniciativas.

Sem entrar nas discussões sobre a inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva no âmbito punitivo¹, é fato que, sem o juízo de reprovabilidade da conduta como pressuposto da punição, as empresas dificilmente terão o devido incentivo para investirem em um bom programa de *compliance*, pois serão sancionadas ainda que não haja o desvalor da sua conduta.

¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Não se pode esquecer que um programa de *compliance* é sempre uma obrigação de meio e não de resultado, o que é particularmente evidente em organizações complexas e com um grande número de pessoas. Em contextos assim, indaga-se qual é o incentivo que tais empresas terão para investir em complexos e custosos programas de *compliance* se, diante de qualquer ilícito, o seu esforço, por maior que seja, não afastará a aplicação da pena.

Tem-se aqui questão que impõe inclusive uma reflexão sobre os pressupostos da responsabilidade criminal e administrativa de pessoas jurídicas ou organizações, os quais precisam ser adaptados para a realidade destas e dos chamados ilícitos de colarinho branco.

Nesse sentido, é válido mencionar a existência de alternativas mais adequadas, como a teoria do defeito da organização, que possibilita a isenção da pessoa jurídica caso se comprove que ela fez todo o possível para evitar o ilícito², sem prejuízo da responsabilidade das pessoas naturais envolvidas no ilícito e da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica ou da organização pelos danos causados.

Veja-se que, se a pessoa jurídica criou uma organização compatível com o risco que assume, fez todo o possível para evitar o ilícito – o que envolve a pronta identificação do ilícito, a comunicação às autoridades e as medidas para a completa e imediata restauração da legalidade –, não há desvalor da conduta da pessoa jurídica, mas tão somente de um dos integrantes da organização. Assim, o mais razoável seria que cada um pudesse responder, para efeitos punitivos, na medida da reprovabilidade das suas atuações.

Além do problema apontado, que abala consideravelmente a necessária estrutura de incentivos necessária para um bom programa de *compliance*, ainda há o importante aspecto de que, do ponto de vista dos incentivos, os agentes econômicos precisam saber precisamente as vantagens que terão diante de um bom programa de *compliance*. Todavia, tal ponto não está suficientemente endereçado pela Lei Anticorrupção.

É verdade que existem alguns critérios importantes, estabelecidos pelo Decreto nº 8.420/2015, os quais mostram que a própria identificação da base de cálculo da multa depende de parâmetros de reprovabilidade, como a reincidência, a

² FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela A.; PITTA, Andre G. *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

tolerância do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica. Seria possível até sustentar que os mencionados critérios partem do pressuposto da inexistência de um bom programa de *compliance*.

Acresce que ainda se admite o desconto, da base de cálculo da multa, de um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV, do Decreto. Entretanto, trata-se de operação que não é simples, estando ainda sujeita à discricionariedade da autoridade administrativa.

Tal situação é inequivocamente superior à do Direito Antitruste, em relação ao qual não há nem mesmo critério objetivo para orientar a diminuição da pena decorrente de um bom programa de *compliance*, o que aumenta excessivamente a discricionariedade da autoridade concorrencial na dosimetria das sanções.

Todavia, mesmo no âmbito anticorrupção, a legislação brasileira ainda não contempla, de forma adequada, os incentivos necessários para valorizar a autorregulação e estimular os bons programas de *compliance*. Afinal, além de as iniciativas das empresas não poderem ser excludentes de responsabilidade, a avaliação das suas repercussões sobre a diminuição da pena ainda estará sujeita a uma excessiva discricionariedade das autoridades administrativas, o que está longe de atender aos ditames da segurança jurídica.

Como se procurou demonstrar ao longo desta análise, a aproximação entre o direito e a moral e a ética no cenário corporativo passa também pela questão dos incentivos, ainda que não restrita aos incentivos meramente econômicos. Logo, há de se encontrar uma alternativa para assegurar justiça e segurança em tais questões, motivando os agentes a cumprirem espontaneamente os preceitos da legalidade e da ética.

Isso não acontecerá, pelo menos de forma ampla, enquanto o ordenamento jurídico continuar se baseando na centralidade da sanção, deixando de oferecer os incentivos adequados para os programas de *compliance* e dificultando que eles sejam instrumentos de reconhecimento do valor intrínseco das regras, de mudanças genuínas nas empresas e de impulsionamento de modificação das instituições.

Enquanto estivermos concentrados prioritariamente nas sanções e não oferecermos os devidos incentivos econômicos e não econômicos para a adoção do *compliance* - dentre os quais o reconhecimento de excludentes de responsabilidade

das organizações ou indicação precisa das consequências de um bom programa de *compliance*, a partir de critérios claros e objetivos, que não fiquem sujeitos à avaliação excessivamente discricionária por parte da autoridade administrativa -, certamente que estimularemos que os agentes econômicos considerem os programas a partir da ótica prioritária do temor da sanção ou do cálculo econômico. Mais grave ainda, estimularemos a adoção de programas de *compliance* que, se não propriamente de fachada, sejam planejados e executados exclusivamente a partir da análise de custo-benefício das vantagens econômicas que deles poderão decorrer.

O problema é que, dessa maneira, os programas de *compliance* perdem parte do seu potencial transformador, dificultando que haja, de fato, a superação da dicotomia entre direito, de um lado, e moral e ética, de outro.

Afinal, como explorado ao longo da presente série de artigos, para efeitos da regulação jurídica dos mercados, o melhor cenário é aquele em que os agentes econômicos, ao mesmo tempo em que temam a sanção, possam também acreditar no valor intrínseco dos comandos jurídicos e éticos aplicáveis e ainda tenham os adequados incentivos econômicos e não econômicos para cumpri-los de forma espontânea. Somente assim os programas de *compliance* poderão atingir o seu fim maior, que é o de modificar efetivamente as instituições do mercado.

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corruptao-e-compliance-2-11072018>

Publicado em 11/07/2018