

# LENIÊNCIA, COMPLIANCE E O PARADOXO DO OVO OU DA GALINHA: DO COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL

AMANDA ATHAYDE  
ANA FRAZÃO

## 1 Introdução

O famoso paradoxo do ovo ou da galinha traz o seguinte questionamento: quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha? Para alguns o ovo veio primeiro, pois a galinha, para nascer, teria que surgir a partir de um ovo. Para outros, a galinha veio primeiro, pois o próprio ovo, para ser colocado, demandaria a existência de uma galinha.

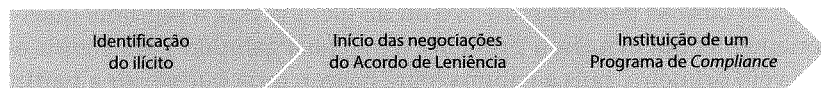
Analogicamente, esse paradoxo pode ser trazido para a realidade empresarial em algumas situações, nas quais igualmente haverá pergunta semelhante: quem “nasce” primeiro, um acordo de leniência ou um programa de *compliance*? Para alguns, a descoberta de um ilícito leva à busca pela negociação de um acordo de leniência e, em seguida, conduz à instituição de um programa de *compliance* empresarial. Por outros, o programa de *compliance* existente é que levaria à descoberta das infrações e, conseqüentemente, a um acordo de leniência. Trata-se, portanto, de uma discussão sobre causa e consequência. A leniência é causa ou consequência de um programa de *compliance*?

A nosso ver, sob a perspectiva dos acordos de leniência, é possível se ter ambos os cenários, e tentaremos identificar e expor nesse artigo a existência de incentivos públicos e privados que levam a cada uma das situações. Em seguida, faremos breves considerações sobre o *compliance* como mecanismo de autorregulação empresarial,

bem como as suas consequências na postura dos administradores das sociedades empresárias. Ao final, serão apresentadas nossas conclusões preliminares sobre essa reflexão.<sup>1</sup>

## 2 Leniência como causa e *compliance* como consequência

A leniência pode ser a causa da instituição de programas de *compliance*. Pense-se na situação hipotética de uma sociedade empresária que identificou, mesmo sem existir um *compliance* prévio, o cometimento de um ilícito. Ao solicitar aconselhamento jurídico do seu advogado, foi recomendado que procurasse as autoridades competentes para que iniciasse, desde logo, a negociação de uma leniência. A depender do tipo de ilícito detectado, a decisão empresarial por procurar um Programa de Leniência pode resultar no início de uma multiplicidade de negociações, com diferentes órgãos. Assim, como requisito para a celebração final do referido acordo, algum (ou alguns) órgão(os) exigiu(ram) que a empresa<sup>2</sup> instituisse um programa de *compliance*. O fluxo que se observa nesses casos, portanto, é o seguinte, no qual o *compliance* é uma consequência da negociação de acordos de leniência:



Tal *iter* pode ser verificado no Decreto regulamentar da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), Decreto de nº 8.420/2015, no qual há a previsão de que eventual Acordo de Leniência celebrado deverá conter, necessariamente, cláusula que verse sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade (art. 37, inciso IV do Decreto nº 8.420/2015).

Assim, independentemente da prévia existência de um programa de *compliance* ser critério para redução da penalidade aplicável,<sup>3</sup> na

<sup>1</sup> Agradecemos à pesquisadora Agnes Macedo de Jesus pela pesquisa bibliográfica que subsidiou a elaboração desse artigo pelas autoras.

<sup>2</sup> A referência à empresa é propositiva – e não às sociedades empresárias – para designar o agente econômico, qualquer que seja o meio de sua organização e independentemente das formas jurídicas, especialmente da personalidade jurídica. É com esse sentido que a expressão “empresa” será utilizada ao longo de todo o artigo.

<sup>3</sup> Exemplificativamente, na “Lei Anticorrupção” (Lei nº 12.846/2013), o art. 7º, VIII prevê que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à

ausência deste, a sua implementação será requisito necessário para a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção<sup>4</sup> em âmbito federal. Igualmente, nos “Acordos de Leniência com o Ministério Público”, a Orientação 7 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é que os Acordos de Leniência com efeitos cíveis e criminais terão como requisito mínimo o compromisso de implementar programa de *compliance*/conformidade/integridade ou equivalente.<sup>5</sup>

denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica serão levados em consideração na aplicação das sanções. Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), por sua vez, não há previsão legal de que a existência de um Programa de *Compliance* possa ser considerado no âmbito da aplicação das penas. Em que pese isso, no Guia de *Compliance* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), há a sinalização de que esse fator pode ser levado em conta no momento da dosimetria da pena, enquanto elemento caracterizador de “boa-fé” do infrator, nos termos amplos do art. 45 desta Lei nº 12.529/2011.

<sup>4</sup> A competência para celebração dos Acordos de Leniência Anticorrupção, no âmbito federal, é da Controladoria Geral da União (CGU), mas diante de controvérsias jurídicas, a Advocacia-Geral da União (AGU) também tem atuado nessas negociações, que em seguida são submetidos ao Tribunal de Contas da União (TCU). O art. 16 da Lei nº 12.846/2013 prevê que: “§10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”. A portaria interministerial CGU/AGU, de 15 de dezembro de 2016, determina que, assim que receber a solicitação, a CGU deverá comunicar à AGU, que indicará membros para compor a comissão de negociação (art. 3º, §2º). Ainda, conforme o art. 5º da referida portaria, “§4º No âmbito da comissão de negociação, compete especificamente aos membros indicados pela Advocacia-Geral da União avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais”; “§5º O relatório final conterá capítulo próprio com a análise das questões jurídicas realizada pelos membros indicados da Advocacia-Geral da União”. Por sua vez, a Instrução Normativa nº 74 do TCU dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal. “A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações [...]” (art. 1º). Veja que “a apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência [...] constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes” (art. 3º). Importante ressaltar ainda que Leniência Anticorrupção depende do preenchimento de alguns requisitos, nos termos da legislação atualmente vigente no Brasil: (I) ser primeira: que a empresa candidata seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (II) cessar a conduta: que a empresa cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) admitir participação: que a empresa admita sua participação no ilícito; (IV) cooperar: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final (inclusive com o cálculo dos valores); (V) cooperar e obter resultado: que da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e (VI) existir um programa de integridade: que a empresa institua ou aperfeiçoe o Programa de Integridade empresarial.

<sup>5</sup> Item 7.5. “Obrigações da colaboradora (mínimas), da Orientação 7 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “compromisso de implementar programa de *compliance* (conformidade ou integridade) ou equivalente e de se submeter

Em linha com essas iniciativas, que relacionam diretamente a leniência ao *compliance*, verifica-se também o crescimento de incentivos públicos à criação de programas de *compliance* empresariais. Ora, diante da definição da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) de que uma de suas prioridades seria a criação de mecanismos que incentivassem a adoção de programas de integridade em contratações públicas (Ação nº 5/2016),<sup>6</sup> esse modelo de incentivos públicos para a criação de programas de *compliance* tem se espalhado em legislações federais e estaduais ao redor do Brasil.

Na nova “Lei das Estatais” (Lei nº 13.303/2016), são exigidas regras de governança corporativa e práticas de *compliance* no estatuto das companhias estatais.<sup>7</sup> Ainda, o Ministério da Fazenda passou

a auditoria externa, às suas expensas, se for o caso”. A Orientação 7 da CCR do MPF traz ainda os requisitos para o chamado Acordo de Leniência “Cível-Criminal”, quais sejam (I) oportunidade: a circunstância de ser a primeira empresa a revelar os fatos desconhecidos à investigação; (II) efetividade: a capacidade real de contribuição da colaboradora à investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova; (III) utilidade: devendo ficar explicitados quantos e quais são os fatos ilícitos e pessoas envolvidas, que ainda não sejam de conhecimento do MPF, bem como quais são os meios pelos quais se fará a respectiva prova; (IV) informações e provas: apresentação de informações e provas relevantes; (V) cessação: cessar as condutas ilícitas; (VI) *compliance*: implementar programa de *compliance*/conformidade/integridade/equivalente e se submeter a auditoria externa; (VII) colaboração: Colaborar de forma plena, sem qualquer reserva, com as investigações, durante toda a vigência do Acordo de Leniência, portando-se com honestidade, lealdade e boa-fé; (VIII) reparação de danos: pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressaldado o direito de outros órgãos buscarem o ressarcimento adicional, prestando garantias; e (IX) multa: pagamento da multa, prestando garantias. Veja que a Leniência “Cível-Criminal” não se confunde com a Colaboração Premiada, de cujos requisitos são (conforme o art. 4º da Lei 12.850/2013): (I) colaboração: colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal; (II) resultado 1 – coautores e partícipes: da colaboração resulte a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (III) resultado 2 – estrutura hierárquica e divisão de tarefas: da colaboração resulte a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (IV) resultado 3 – prevenção: da colaboração resulte a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (V) resultado 4 – recuperação do proveito ou produto: da colaboração resulte a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e (VI) resultado 5 – localização da vítima: da colaboração resulte a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

<sup>6</sup> Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Ações de 2016, XIII Reunião Plenária. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016>>.

<sup>7</sup> É o que dispõe o art. 6º da Lei nº 13.303/2016, *in verbis*: “O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei”. A referida Lei, no que concerne às práticas de governança exigidas, determina a criação e divulgação de um Código de Conduta e Integridade (art. 9º, §1º), de um “canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigatorias” (art. 9º, §1º, inciso III), de “mecanismos de proteção que

a condicionar, a partir de 2017, a concessão de seguro de crédito à exportação<sup>8</sup> às empresas que demonstrassem ter programa de *compliance* anticorrupção instituído, visando a promover um ambiente de negócios mais íntegro, nacional e internacionalmente.<sup>9</sup>

A Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 7.753/2017, por exemplo, sancionada em outubro de 2017, dispõe sobre a obrigatoriedade de instituição de Programa de Integridade<sup>10</sup> nas empresas que contratarem com o Poder Público fluminense. Essa exigência tem por objetivo, segundo o art. 2º da lei, (I) proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (II) garantir a execução dos contratos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (III) reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução; e (IV) obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais.

O mesmo se verifica no Distrito Federal, onde a Lei nº 1806/2017, sancionada em fevereiro de 2018, também torna obrigatória a implantação de programas de integridade para empresas que celebrem contratos acima de determinado valor com o Distrito Federal.<sup>11</sup> Nota-se, nesse

impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias” (art. 9º, §1º, inciso IV), realização de treinamentos periódicos sobre o Código de Conduta a seus empregados (art. 9º, §1º, inciso VI), análise de pré-qualificação de fornecedores com a exigência de consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (art. 37) e presença da matriz de riscos como cláusula contratual (art. 69, inciso X).

<sup>8</sup> O seguro de crédito à exportação provê cobertura da União para operações de crédito à exportação contra riscos comerciais, políticos e extraordinários para quaisquer bens e serviços exportados a partir do Brasil. Encontra previsão legal na Lei nº 6.704/1979.

<sup>9</sup> Para maiores informações: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/em-evento-sobre-anticorruptcao-sain-apresenta-medidas-para-fortalecer-seguro-de-credito-a-exportacao>>; <<http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/1946-definicao-de-diretrizes-para-o-sistema-de-compliance-do-seguro-de-credito-a-exportacao>>; <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/sain-apresenta-novos-procedimentos-de-compliance-a-exportadores>>; e <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/credito-e-garantia-as-exportacoes/compliance-no-seguro-de-credito-a-exportacao>>.

<sup>10</sup> Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 7.753/2017, que dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. *O Programa de Integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Estado do Rio de Janeiro.*

<sup>11</sup> Projeto de Lei Distrital n. 1.806/2017, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, e dá outras providências. *O Programa de Integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos*

contexto, que a redação de ambas as legislações estaduais é basicamente idêntica, o que sugere um padrão que pode vir a se espalhar para outros estados e municípios no país.

Há divergências na doutrina quanto aos efeitos dessa exigência. Por um lado, autores como Beaton-Wells e Tran<sup>12</sup> sustentam que seria plenamente razoável exigir que a criação de um programa de *compliance* seja uma condição necessária para a celebração de Acordos de Leniência, dado que o benefício do acordo supera sobremaneira os custos da instituição de um programa de *compliance*. Por outro lado, William J. Kolasky, ex-procurador-geral adjunto da Divisão Antitruste do DOJ (*Department of justice*) entende que “the true benefit of compliance programs is to prevent the commission of antitrust crimes, not to enable organizations that commit such violations to avoid prosecution for them”.<sup>13</sup>

É importante ressaltar, entretanto, que a exigência de adoção de programas de *compliance* em acordos de leniência não tem como objetivo propriamente evitar investigações, mas sim o objetivo mais amplo de evitar a prática do ilícito, mantendo-se a legalidade e a ética nas práticas empresariais. Por mais que a própria OCDE ressalte que não existe um consenso global sobre o peso legal dos programas de *compliance* na avaliação da responsabilidade e da multa apropriada a serem impostas ao infrator,<sup>14</sup> parte-se da premissa de que tais programas, se consistentes e efetivos, podem ter importante papel na modificação da própria cultura empresarial.

internos de integridade, auditoria, controle e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Distrito Federal.

<sup>12</sup> BEATON-WELLS, C.; TRAN, C. (Ed.) (2015) *Anti-cartel enforcement in a contemporary age*. Hart Publishing, Oxford. p. 192. Segundo os autores, as discussões sobre esse tema giram em torno de cinco pontos: (A) o Programa de Compliance como uma condição para o programa de leniência corporativo e o mecanismo de auto-regulação; (B) a exigência de um “programa de leniência adequado”; (C) ações disciplinares internas com relação à conduta de cartel sujeita ao Programa de Leniência; (D) políticas de leniência internas; (E) tentativas do proponente da leniência para obstruir, sonegar ou manipular informações para o Programa de Leniência.

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>14</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Policy Roundtable: Promoting Compliance with Competition Law*. 2011, OCDE, 27 de março de 2012, p. 14. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. Segundo a OCDE, “there is no international consensus on whether competition law violators that had compliance programmes in place at the time of the violation should be given lighter sanctions”.

Nota-se, portanto, que há boas razões para que a leniência possa ser a causa para a instituição de programas de *compliance*, dado que instituições públicas ou mesmo legislações estatais condicionam um determinado ato (celebração de um acordo de leniência, contratação pública, etc.) à existência do programa.

Apesar de louváveis as iniciativas, nota-se que o *compliance*, nesses casos, acaba indo a reboque das legislações, ou seja, se torna uma consequência de incentivos públicos, que induzem o comportamento empresarial nessa direção. Dessa maneira, o *compliance* acaba se tornando um bilhete de ingresso para a obtenção de benefícios perante o Poder Público. Quer celebrar contrato com a Administração Pública? Institua um Programa de Integridade. Quer obter seguro de crédito à exportação? Demonstre-me que tem um programa de *compliance*. Quer celebrar um acordo de leniência? Mostre-me que já possui ou que vai criar um programa de *compliance*/Conformidade/Integridade. Trata-se, a nosso ver, de estratégia que leva o *Compliance* “à força” as empresas, como solução de curto prazo, o que pode resultar em diversos riscos, como a criação de um Programa de Integridade “de fachada”, sem o efetivo comprometimento da alta administração e dos funcionários.

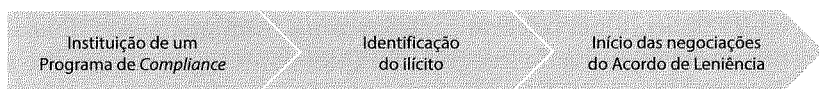
Isso mostra aspecto delicado da questão da exigência, ainda que indireta, do *compliance* em qualquer circunstância, e especialmente como requisito para a celebração de acordos de leniência. Como a obrigatoriedade, mesmo que transversa, é algo incompatível com a espontaneidade que deve caracterizar a autorregulação, a sua consequência prática pode ser a proliferação de programas de *compliance* com pouco potencial para efetivamente mudar as práticas e a cultura corporativa das empresas afetadas.

### 3 *Compliance* como causa e leniência como consequência

O *compliance*, por sua vez, também pode ser causa da celebração de acordos de leniência. Pense-se, por exemplo, em uma situação hipotética em que a sociedade empresária instituiu um programa de *compliance* no Brasil, em decorrência da orientação da matriz estrangeira. Com isso, uma série de procedimentos é iniciada, entre eles os treinamentos e as entrevistas, desde o mais alto escalão até o escalão operacional. Nestes, foi possível identificar os principais riscos a ilícitos e instituir mecanismos para se prevenir riscos futuros de práticas indevidas por seus funcionários. Ademais, com a instituição de um “canal direto” de denúncias (“hot line”), por exemplo, foi possível que outras informações

tenham sido obtidas diretamente dos funcionários envolvidos ou daqueles próximos, que tiveram conhecimento da infração.

Diante disso, é possível que a empresa identifique que alguns de seus funcionários e executivos praticam ou praticaram ilícitos. Em casos assim, a empresa pode decidir por não apenas cessar sua participação e evitar que isso aconteça novamente no futuro, mas também iniciar negociações com as autoridades competentes para acordos de leniência, por exemplo. O fluxo que se observa nesses casos, portanto, é o seguinte, no qual o *compliance* é a causa da negociação de acordos de leniência:



Esse parece ser o cenário, a nosso ver, na seara antitruste. Nem o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil,<sup>15</sup> nem o Departamento de Justiça dos Estados Unidos,<sup>16</sup> nem a Comissão

<sup>15</sup> No âmbito do direito da concorrência, o Programa de Leniência Antitruste encontra previsão na Lei nº 12.529/2011, e visa a combater infrações à ordem econômica. O órgão competente para celebrar os acordos é a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/2011, “o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência [...]”. A referida Lei traz ainda os requisitos para a celebração do Acordo de Leniência Antitruste, quais sejam: (I) primeira: que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração notificada ou sob investigação; (II) cessação: que a empresa cesse sua participação na infração notificada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) provas da SG/CADE: que no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do Proponente; (IV) confissão: que a empresa confesse sua participação no ilícito; (V) cooperação: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração notificada proferida pelo Cade; e (VI) resultado da cooperação: que da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração notificada ou sob investigação.

<sup>16</sup> Requisitos da Leniência nos Estados Unidos antes do início das investigações: (I) ineditismo na denúncia fornecida ao órgão antitruste; (II) após a denúncia, que a empresa cesse sua participação na prática ilícita; (III) cooperação total da empresa leniente nas investigações; (IV) o crime denunciado deve ser um ato da própria empresa e não atos isolados de funcionários ou executivos da mesma; (V) quando possível, a empresa deve indenizar as partes lesadas; e (VI) necessidade de a empresa delatora não ter coagido outras empresas a participarem da atividade ilegal, bem como não ter liderado ou incentivado a prática infratora. Requisitos da Leniência nos Estados Unidos no curso da investigação: (I) ser a primeira empresa a apresentar a denúncia, e que esta a habilite a ingressar no Programa de Leniência; (II) necessidade de o órgão antitruste não ter provas contra a empresa delatora no momento em que esta decide fazer a denúncia; (III) após a denúncia, que a empresa cesse sua participação na atividade ilícita; (IV) cooperação total da empresa nas investigações; (V) possibilidade de a empresa indenizar a parte lesada (*restitution clause*); (VI) o crime denunciado deve ser um ato da própria empresa, e não atos isolados de seus funcionários ou executivos; (VII) a Divisão Antitruste deve determinar que a concessão de leniência para esta empresa não

Europeia na Europa,<sup>17</sup> nem o *Bundeskartellamt* na Alemanha,<sup>18</sup> exigem como pré-requisito para a celebração de um acordo de leniência a existência de um programa de *compliance*. Todos eles tendem a ver a negociação de um acordo de leniência como consequência da adoção de comportamentos empresariais adequados, sem a necessidade de vincular a negociação à existência de um programa de *compliance*.<sup>19</sup> Tampouco se trata da realidade dos acordos de leniência no Sistema Financeiro Nacional, recentemente previstos na Lei nº 13.506/2017, a

seja injusta com outros; para tanto, deve considerar a natureza da atividade ilegal, isto é, do crime antitruste, além do papel que a empresa denunciante desempenhou na atividade ilícita, bem como o momento em que decidiu apresentar-se ao órgão responsável pela punição. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>17</sup> Na União Europeia, os requisitos para o Acordo de Leniência Antitruste são os seguintes: (I) a empresa é a primeira a fornecer evidências que permitem a Autoridade da Concorrência (AC) investigar o suposto cartel; (II) a AC, quando do momento do pedido de leniência, ainda não tinha evidências suficientes para iniciar a investigação ou ainda não tinha iniciado uma investigação relacionada ao alegado cartel; e (III) cumprimento das condições associadas à leniência, quais sejam: (a) encerrar o envolvimento com o suposto cartel imediatamente após o pedido de leniência, salvo se a continuidade do envolvimento seja necessária para preservar as investigações; (b) que a empresa coopere genuinamente, inteiramente e de forma contínua, desde o pedido de leniência até o encerramento do caso; e (c) a empresa não ter destruído evidências importantes para o caso nem divulgado o cartel ou qualquer conteúdo contemplado pelo requerimento de leniência (salvo para outras ACs, sejam elas da UE ou não). Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/ecr/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecr/mlp_revised_2012_en.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>18</sup> O *Bundeskartellamt* (autoridade da concorrência alemã) prevê como requisitos dos Acordos de Leniência: Parágrafo 3 – (I) que o participante seja o primeiro do cartel a contatar a autoridade alemã e antes que esta tenha evidências suficientes para obter um mandado de busca; (II) que o participante forneça informações verbais e escritas e, quando possíveis, evidências que permitam a obtenção do mandado de busca; (III) que o participante não tenha sido o único líder do cartel e nem tenha coagido outros participantes a entrar no conluio; e (IV) que o participante coopere inteiramente e de forma contínua com a autoridade alemã. Se quando da requisição do acordo de leniência o *Bundeskartellamt* já tiver obtido um mandato de busca, o participante receberá imunidade se: Parágrafo 4 – (I) for o primeiro do cartel a contatar a autoridade alemã e antes que esta tenha evidências suficientes para provar a existência do ilícito; (II) que o participante forneça informações verbais e escritas e, quando possíveis, evidências que permitam a comprovação da existência do ilícito; (III) que o participante não tenha sido o único líder do cartel e nem tenha coagido outros participantes a entrar no conluio; (IV) que o participante coopere inteiramente e de forma contínua com a autoridade alemã; e (V) nenhum outro participante do cartel obtenha a imunidade do parágrafo 3. Disponível em: <[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?__blob=publicationFile&v=5)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>19</sup> Ressalva-se, porém, o fato de que, por vezes, o CADE tem celebrado Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com empresas investigadas que contêm como cláusulas do acordo a instituição de programas de *compliance*. Para maiores informações sobre o TCCs, sugere-se a leitura do Guia de TCCs do CADE.

serem celebrados pelo Banco Central do Brasil (BC) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).<sup>20 21</sup>

Nesses casos, o *compliance* decorre dos próprios agentes privados. Essa tomada de decisão pode ser resultado de diversos fatores, como, por exemplo, obrigações societárias e de governança corporativa em bolsas de valores, análises internas sobre os riscos de não cumprimento das leis e seus custos financeiros, instituição de um programa global para o grupo econômico empresarial, exigência de fornecedores ou contrapartes contratuais, fatores reputacionais, elementos morais/éticos da alta direção, investigações e processos em curso ou anteriores, entre

<sup>20</sup> No sistema financeiro nacional, os Acordos de Leniência foram instituídos por meio da Lei nº 13.506/2017, sob a denominação de “Acordos em Processo de Supervisão”. São competentes para celebrar este tipo de acordo tanto o Banco Central do Brasil (BACEN) quanto a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O art. 30 da Lei nº 13.506/2017 prevê que “o Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial [...]”. Em seu art. 34, a Lei nº 13.506/2017 determina que “aos processos administrativos sancionadores conduzidos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários aplica-se, no que couber, o disposto no §3º do art. 19 e nos arts. 21, 22, 24, 25, 29, 30, 31 e 32 desta Lei [...]”. Em outras palavras, o referido artigo permite à CVM firmar acordos de leniência. A Lei nº 13.506/2017 traz também alguns requisitos para a Leniência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional: (I) primeira: que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (mas pode não ser a primeira também – art. 30, §4º); (II) cessação: que a empresa cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) provas do BACEN/CVM: que no momento da propositura do acordo, a autoridade não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do Proponente; (IV) confissão: que a empresa confesse sua participação no ilícito; (V) cooperação: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Bacen/CVM; e (VI) resultado da cooperação: que da cooperação resulte utilidade para o processo, a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

<sup>21</sup> Na SEC (Securities and Exchange Commission) dos Estados Unidos, em contrapartida, os requisitos para a concessão da leniência às companhias são: (I) auto-policimento antes da descoberta do ilícito, incluindo o estabelecimento de procedimentos eficazes de compliance e um *tone at the top* (exemplo de cima) apropriado; (II) reportar a conduta ilícita quando esta for descoberta, incluindo a realização de um relatório completo acerca da natureza, extensão, origens e consequências da conduta inadequada, bem como a divulgação completa, efetiva, imediata da má conduta ao público, às agências reguladoras e às organizações autorreguladas; (III) remediação, incluído a demissão ou o disciplinamento apropriado dos infratores, modificando e melhorando os controles e procedimentos internos para prevenir a reincidência da má conduta, e compensando adequadamente os prejudicados; e (IV) cooperação com as autoridades responsáveis pela aplicação da lei, incluindo o fornecimento ao pessoal da SEC de toda a informação relevante para as violações subjacentes e bem como informações acerca dos esforços da empresa para reparar os danos do ilícito. Disponível em: <<https://www.sec.gov/spotlight/enforcement-cooperation-initiative.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

outros. Independentemente da origem da tomada de decisão, o mais importante resultado é a mudança da cultura organizacional da empresa.

Nesse sentido, o *compliance* começa a se consolidar como uma cultura, e não uma política.<sup>22</sup> O programa de *compliance* passa a ser, assim, por iniciativa própria do agente privado, o elemento motriz das mudanças, e não uma simples consequência de incentivos públicos. Ao se colocar como causa dos acordos de leniência, o *compliance* mostra todo o seu potencial de efetividade, possibilitando que o ilícito seja reportado às autoridades quando elas não têm sequer conhecimento ou quando ainda não têm provas suficientes para a sua identificação.

#### 4 Compliance como instrumento de autorregulação empresarial

Pode-se dizer ainda que o *compliance* é uma importante ferramenta para a autorregulação<sup>23</sup> das empresas. Esta autorregulação, como bem coloca Stucke,<sup>24</sup> deve ser uma grande frente a ser explorada, a fim de se buscar uma mudança nos valores e práticas empresariais, por meio da criação de uma nova cultura empresarial, baseada na ética e no cumprimento das normas legais. Mesmo que a regulação pelo Estado e suas multas continuem tendo papel essencial,<sup>25</sup> veja que o Estado

<sup>22</sup> SNYDER, Brent. Compliance is a Culture, Not Just a Policy. Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. New York, Sept. 2014.

<sup>23</sup> Dentre as possíveis formas de autorregulação, o modelo de autorregulação regulada (ou, na doutrina anglo-saxônica, *self-regulation*) é a mais comum e importante forma de manifestação da participação privada no processo regulatório, sendo destacados três possíveis modelos para sua implementação: *delegated self-regulation*, *devolved-self-regulation* e *cooperative self-regulation*. A autorregulação regulada é caracterizada pela intervenção dos entes privados no processo de regulação, de forma subordinada aos fins de interesse público estabelecidos pelo Estado. Este, titular do direito de regular, recorre às empresas para que colaborem com a elaboração de normas. Neste sentido, ver mais em: OGUS, Anthony. Self-regulation, in PARISI, Francesco (org.) Production of Legal Rules. Encyclopedia of Law and Economics, 2ª ed. Edward Elgar, vol. 7, 2011.

<sup>24</sup> STUCKE, Maurice. *Search of Effective Ethics & Compliance Programs*. Journal of Corporation Law. v. 39, n. 4, 2014. p. 771-772. Disponível em: <<https://cclg.rutgers.edu/wp-content/uploads/39JCorpL769.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>25</sup> FRAZÃO em FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017, p. 18. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018) ressalta que para que haja um real engajamento dos agentes do mercado nessa cruzada ética é crucial que o Estado promova os devidos incentivos. Daí porque, para a autora, a extensão e a eficácia da autorregulação dependem necessariamente da heterorregulação (a regulação tradicional do Estado). Nas palavras da autora, “Com efeito, a autorregulação apenas faz sentido se a sua eficácia puder ser atestada e monitorada. Consequentemente, a mera adesão a um programa de compliance não deixa de ser um

já não é capaz de, por si só, garantir um mercado livre de práticas anticoncorrenciais, atos de corrupção e ilícitos financeiros, i.e. condutas ilegais e antiéticas.

Cada vez mais se torna claro, portanto, que a adesão e o comprometimento voluntário dos agentes econômicos são cruciais para o efetivo e eficaz combate a tais ilegalidades. Neste ponto, os programas de *compliance* como instrumentos de autorregulação ganham grande destaque na medida em que, como defendem Riley e Sokol,<sup>26</sup> o *enforcement* tradicional, por si só, não é capaz de produzir o comprometimento com a lei que os programas de *compliance* pretendem construir. A aplicação de sanções, por si só, não consegue alcançar a percepção de moralidade do comportamento que está sendo regulado ao meramente colocar um preço no descumprimento das normas. De acordo com os autores, há, então, a necessidade de tirar o debate do papel do Estado e voltá-lo às necessárias mudanças dos valores sociais. A autorregulação e, especificamente, o *compliance* procuram fazer parte da construção dessa cultura de respeito voluntário à legalidade. Assim, Riley e Sokol reforçam: “compliance is on the agenda not because of a fear of enforcement, but rather because ethical and compliant business is ‘the right thing to do’”.<sup>27</sup>

Isso posto, ainda assim é possível se questionar: tendo em vista que a regulação provoca relativo cerceamento de liberdade, por que os agentes econômicos teriam incentivos para se autorregular? A lógica é a de que a autorregulação permite aos agentes, como maiores conhecedores de sua atividade e dia a dia empresarial, estabelecer padrões de qualidade e normas de conduta de forma mais efetiva e eficiente. Daí, mais uma vez, a importância da adoção de incentivos para programas de *compliance*, vistos como instrumentos de uma mudança “de dentro para fora”, como controles da ilicitude através de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada”,<sup>28</sup> capazes de fornecer diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que os

protocolo de boas intenções, as quais dependerão de certo tempo para a comprovação da sua eficácia”.

<sup>26</sup> RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Law*, p. 45. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2475959](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959)> Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. *Homenaje a Klaus Tiedemann*. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. v. 1., p. Lima: Fondo, 2001. p. 205-246.

ilícitos sejam prevenidos de maneira mais efetiva, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos.<sup>29</sup>

Nesse ponto, Frazão<sup>30</sup> ressalta a importância do Estado na eficácia dos programas de *compliance*, por meio da criação de estímulos, incentivos, legitimação e segurança para que os agentes econômicos tomem medidas de autorregulação, como o *compliance*, que, ainda que benéfico, é normalmente custoso e trabalhoso.

Nesse sentido, o Estado, por meio da heterorregulação, deve i) esclarecer os principais objetivos de um programa de *compliance*, os critérios materiais que devem ser atendidos, bem como os sistemas de monitoramento e readaptações; ii) ser sensível à necessária adaptação dessas exigências de acordo com o porte e o perfil dos agentes econômicos, a fim de não criar custos excessivos ou mesmo inexecutáveis, especialmente para os pequenos e médios empresários; iii) criar canais de comunicação com os agentes econômicos; e iv) fiscalizar adequadamente a eficácia dos referidos programas.

Todos esses objetivos, como é intuitivo, estão muito além das discussões relacionadas aos acordos de leniência, mas se aplicam igualmente a tais hipóteses, já que provavelmente apenas será causa da leniência um programa de *compliance* que atenda aos requisitos já mencionados e que possa identificar rapidamente a prática ilícita. Da mesma forma, só faz sentido que um programa de *compliance* seja consequência da leniência se for para atender aos referidos requisitos, evitando a reincidência e ainda prevenindo, de forma mais ampla, os ilícitos corporativos.

## 5 Conclusão

Uma vez superada a apresentação do paradoxo do ovo ou da galinha entre leniência e *compliance*, bem como a introdução da noção de *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial, cumpre avaliar as consequências desse novo cenário na postura dos advogados, dos trabalhadores, administradores e controladores das sociedades empresárias, da própria empresa e dos servidores públicos.

Há alguns anos, podia-se dizer com relativa serenidade que o padrão da advocacia tradicional em casos de investigação de ilícitos

<sup>29</sup> FRAZÃO, op. cit., 2017, p. 17 e 18.

<sup>30</sup> FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017, p. 18. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018

de “colarinho branco”, no exterior<sup>31</sup> e no Brasil,<sup>32</sup> era de dificultar ao máximo o acesso às evidências pela autoridade investigadora e, após eventual condenação, recorrer ao Judiciário para questionar todos possíveis vícios formais e materiais da decisão, em todas as instâncias cabíveis. Esses tempos, porém, parecem estar mudando, e repercutindo também na definição de novas estruturas das sociedades empresariais e no comportamento dos seus administradores.

Tem-se notado que, em ilícitos como o cartel e a fraude a licitação, por exemplo, as multas aplicadas pelas autoridades públicas têm crescido exponencialmente. Ademais, nesses ilícitos e também em outros, como os de corrupção e lavagem de dinheiro, a persecução criminal tem se tornado concreta,<sup>33</sup> e trazido riscos reais quanto ao efetivo cumprimento

<sup>31</sup> Esse padrão internacional da advocacia tradicional é reconhecido, por exemplo, por SCHROEDER, Dirk. Squaring the circle in cartel cases: compliance, fines, leniency and settlement from a private practitioner's perspective. *Competition L. Int'l* 39 (2008).

<sup>32</sup> De acordo com Antonio Rodrigo Machado, presidente da Comissão Anticorrupção e Compliance, o cenário brasileiro de crise e escândalos de corrupção demanda uma nova postura dos advogados: “a nossa atuação vai se dar no Poder Judiciário, nas instâncias administrativas, mas também com criatividade e inovação na busca de um mercado empresarial cada vez mais voltado à atuação responsável e eficiente perante o Poder Público. Por isso, o setor de compliance torna-se tão importante para a atuação do profissional da advocacia, agindo de forma preventiva e colaborando com a proteção do dinheiro público e uma concorrência empresarial cada vez mais voltada à responsabilidade social”. (<<http://www.oabdf.org.br/noticias/compliance-representa-o-futuro-das-pessoas-juridicas-no-brasil/>>). Veja que os “Escritórios de advocacia e consultorias chegaram a quadruplicar as equipes que oferecem serviços para empresas que querem corrigir ou prevenir condutas irregulares” (<<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/compliance-vira-mercado-em-alta-para-escritorios-de-advocacia-e-consultorias.ghtml>>).

<sup>33</sup> Nos Estados Unidos, dá-se grande importância à criminalização de cartéis, pois “Criminalization has many investigative and prosecutorial advantages. Criminalization results in enhanced domestic investigative powers, the use of Mutual Legal Assistance Treaties for investigative assistance between jurisdictions, greater possibilities for extradition, increased incentives for individuals to cooperate with investigations, and increased incentives for leniency applications.” (<<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/07/10/247824.pdf>>). Por isso, nos EUA “prosecuting cartel offenses – and deterring the formation of cartels and the activities of cartelists – continues to be our [Antitrust Division of the U.S. Department of Justice] highest priority” (<<https://www.justice.gov/atr/speech/global-antitrust-enforcement>>). No Brasil, “though in the books for over 20 years, the crime of cartels was very seldom prosecuted until the last ten years, having really taken off in the last five years, before reaching the point today where over 300 individuals are currently facing criminal prosecution in Brazil” (Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/CalliariSep-151.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018). De acordo com Ana Paula Martinez (em MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, apêndice IV), as sanções mais significativas aplicadas a cartéis pelo Cade entre 1994 e 2012 foram nos cartéis de Aço, Combustíveis em Lages, Companhias Aéreas, Jornais no Rio de Janeiro, Vergalhões de Aço, Pedra Britada, Laboratórios de referência, Vitaminas, Vigilância privada, Frigoríficos, Extração de Areia, Gases Industriais e hospitalares e Peróxido de Hidrogênio. As multas para as empresas vão de R\$ 3.034,41 (multa da COMPROVE Consultoria Cível e Contábil no cartel de extração de areia) e chegam a R\$ 1.758.545.326,50 (multa da White

de tempo de pena de reclusão pelos indivíduos.<sup>34</sup> As ações de reparação de dano, públicas e privadas, vêm sendo ajuizadas e começam a ter suas decisões proferidas e cumpridas.<sup>35</sup> Buscas e apreensões se tornam de certo modo uma realidade cotidiana,<sup>36</sup> e o oferecimento de denúncias cíveis e criminais, a abertura de processos administrativos, todos noticiados pela mídia em tempo real, têm tornado as investigações de certo modo palpáveis e palatáveis para a sociedade.

Essa nova realidade traz, consigo, um novo padrão da advocacia, preocupado com a prevenção de ilícitos e com a mitigação dos danos em caso de seu cometimento prévio. Os chamados profissionais de *compliance*<sup>37</sup> passam, então, a atuar fortemente dentro das empresas, tanto

Martins Gases Ind. Ltda no cartel de gases industriais e hospitalares). Veja também dados da Operação Lava Jato acerca da quantidade de tempo de prisão dos indivíduos condenados: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-personagens.html?mobi=1>>.

<sup>34</sup> Exemplificadamente, pode-se mencionar: “Foram condenados por corrupção ativa e associação criminosa os ex-executivos da Andrade Gutierrez Antônio Pedro Campello de Souza Dias (15 anos, somando as penas de três crimes, pois ele também foi condenado por lavagem de dinheiro), Elton Negrão de Azevedo Júnior (oito anos, dois meses e 29 dias), Flávio Gomes Machado Filho (oito anos, dois meses e 20 dias) e Paulo Roberto Dalmazzo (oito anos, dois meses e 20 dias)” (<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-08/lava-jato-moro-condena-renato-duque-e-ex-executivos-da-andrade-gutierrez>>). Ainda, “A Justiça Federal em Curitiba condenou nesta quarta-feira (5 de agosto de 2015) executivos e ex-executivos da OAS, empreiteira investigada na Operação Lava Jato” (<<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/08/justica-condena-executivos-da-oas-por-crimes-investigados-na-lava-jato.html>>). E mais: “Executivos da Galvão Engenharia têm pena aumentada em processo da Lava Jato” (<<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/executivos-da-galvao-engenharia-tem-pena-aumentada-em-processo-da-lava-jato.ghtml>>).

<sup>35</sup> As ações de reparação de dano podem ser postuladas tanto pelos clientes prejudicados pela conduta, com base no CPC e na responsabilidade civil do CC (comprovado dano individual,nexo de causalidade e culpa), bem como pelo Ministério Público, com base na Lei de Ação Civil Pública (comprovado o dano social).

<sup>36</sup> Só no âmbito da Operação Lava Jato, deflagrada em 2014 e que continua até os dias atuais, já foram cumpridos, pelo menos, 844 mandados de busca e apreensão, tanto no Brasil quanto no exterior (<<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>). Ademais, o caso de corrupção e fraude nos Fundos de Pensão contou também com aproximadamente 106 mandados de busca e apreensão (<<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/09/operacao-contra-fraude-em-fundos-de-pensao-leva-pf-8-estados-e-df.html>>).

<sup>37</sup> O termo “compliance” advém do verbo inglês “to comply”, que significa “to act according to an order, set of rules, or request” (<<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/comply>>). Assim, compliance denota estar em conformidade com as leis, cumprir com os regulamentos internos e externos das instituições, e tem como função principal garantir que as exigências dos órgãos de regulamentação e seus padrões estejam efetivamente sendo colocados em prática, em todos os níveis existentes da empresa (previdenciário, trabalhista, contábil, fiscal, ambiental, financeiro, jurídico, etc.). A gestão de compliance garante a existência de um sistema de controles internos que demonstre, de forma transparente, que a estrutura organizacional adotada e os procedimentos internos estão em conformidade com os regulamentos externos e afetos à organização. Tal atividade não se confunde com a auditoria interna (atividade objetiva e sistemática que, por meio de amostragens, busca acrescentar valor e melhorar as operações e o desempenho econômico de uma organização) e a gestão de risco (voltada à identificação, avaliação, mitigação e monitoramento de riscos). Antes,



na estruturação quanto na manutenção dos chamados Programas de *Compliance*. Ao invés de dificultar o acesso às evidências pela autoridade investigadora, esse novo perfil de advogado pode recomendar que a empresa e os indivíduos procurem pró-ativamente a autoridade investigadora para colaborar, antes mesmo de esta ter conhecimento da infração. Pode, ademais, recomendar que seu cliente abra mão de recursos judiciais, caso essa seja uma condição para a celebração de um acordo de colaboração, por exemplo. O advogado reconhece, então, que a diferença de minutos, horas ou dias pode ser crucial para determinar o nível de redução de pena que um colaborador pode ter,<sup>38</sup> de modo que a leniência passa a ser objeto de discussões entre amigos em conversas informais e internamente nas tomadas de decisão empresariais.

Com isso, a postura dos investigados também parece mudar. O dilema do prisioneiro,<sup>39</sup> que antes era desconhecido por muitos, passa a ser assunto discutido entre amigos em rodas de conversas

tais áreas são complementares e formam os pilares de uma boa governança corporativa (adoção de boas práticas em uma entidade – em especial, transparência, princípios de equidade, *accountability* e responsabilidade corporativa – visando atender às necessidades e interesses ligados a exigências econômicas, regulatórias e jurídicas).

<sup>38</sup> Veja que no CADE, por exemplo, existe uma ordem de chegada para a negociação do Acordo de Leniência. Assim, havendo disponibilidade para a propositura do acordo de leniência a respeito de uma determinada conduta, o primeiro proponente a comparecer perante a SG para denunciar tal infração poderá apresentar ao órgão uma proposta de Acordo de Leniência. Caso mais tarde apareçam outros proponentes, estes entrarão em uma “fila de espera”, organizada por ordem de chegada (2º, 3º e 4º colocados, por exemplo). Importante pontuar que os proponentes não têm conhecimento da posição exata em que se encontram na fila de espera. Conforte o Guia do CADE para Acordo de Leniência, (<[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>) “constar em ‘fila de espera’ pode ser importante por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar porque o próximo proponente da fila (2º, 3º, 4º, etc., conforme a ordem cronológica) será convidado a negociar novo Acordo de Leniência caso a negociação do Acordo de Leniência Antitruste em andamento seja rejeitada”. Em segundo lugar, “porque, caso a negociação do Acordo de Leniência em andamento seja aceita e o acordo seja assinado, os proponentes que ainda estiverem ‘em fila de espera’ terão seus pedidos de senha automaticamente convertidos em pedidos para negociação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) [...]”. Nesse caso, os proponentes serão convocados, também segundo a ordem dos pedidos de senha para negociação de leniência, para manifestar interesse na negociação de TCC”.

<sup>39</sup> O dilema do prisioneiro, jogo que simula o impasse entre cooperar e trair, se estrutura da seguinte maneira: dois criminosos, A e B, são presos e interrogados separadamente. A polícia não possui provas suficientes para os condenar, então oferece a ambos um acordo: (i) se um dos criminosos trair e o outro permanecer em silêncio, o que traiu sai livre e o silêncio cumpre 10 anos de prisão; (ii) se ambos ficarem em silêncio (cooperarem entre si), serão condenados a 1 ano de prisão cada; e (iii) se ambos traírem, cada um leva 5 anos de prisão. Logicamente, o melhor resultado conjunto a ser obtido pelos criminosos seria se os dois quedassem silentes, pois assim ambos serão soltos. Porém, o melhor resultado individual (para um prisioneiro apenas e não para outro) é a traição: caso “A” traia e “B” não, “A” sairá livre; se “A” trai e “B” também, “A” pegará uma pena menor.

informais. Qual o risco de ser pego cometendo um ilícito? Vale a pena delatá-lo, “entregar” os coautores e obter reduções de pena? Em quais circunstâncias? Qual o melhor momento para colaborar com uma investigação? Será que o trabalhador que tem conhecimento de uma determinada infração tem o dever de denunciar? Ou será que esse dever é exigido dos administradores e controladores, enquanto faceta do dever de diligência destes exigido nos termos da lei societária?<sup>40</sup>

Essa mudança de mentalidade, por sua vez, passa também a influenciar a estruturação interna das empresas, que passam a se preocupar com o eventual cometimento de ilícitos por seus funcionários e executivos, diante das múltiplas repercussões daí decorrentes. Quais as áreas mais sensíveis ao cometimento de ilícitos na empresa? Quais as cautelas que devem ser adotadas? Há treinamentos específicos a serem realizados a fim de prevenir os ilícitos? E diante da constatação de que um ilícito foi cometido, qual deve ser a postura empresarial? Quais os mecanismos de governança interna que são possíveis de se mitigar tais riscos?

Essa nova realidade também traz consigo um novo padrão de servidores públicos, que têm que estar preparados para a negociação de acordos com as empresas e os indivíduos que pretendem colaborar, respeitados, sempre, os limites previstos nas respectivas legislações. Uma mentalidade estritamente punitivista destes deve dar espaço a uma compreensão mais ampla de que os acordos de leniência e os programas de *compliance* podem ser relevantes aliados para a obtenção de resultados sociais promissores de médio e longo prazo no Brasil.

Por fim, destacamos que há de se ter muita cautela ao lidar com o problema da corrupção e dos ilícitos corporativos, a fim de que as soluções enderecem não apenas as consequências atuais e pontuais do problema, mas sobretudo as suas causas. Daí a importância de medidas que, como a cooperação e a autorregulação em favor do *compliance*, possam modificar as instituições vigentes, que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente as práticas de corrupção.<sup>41</sup> Somente por

<sup>40</sup> Para maiores discussões a respeito do assunto, sugere-se a leitura de artigos anteriores destas autoras: ATHAYDE, Amanda. Can shareholders claim damages against company officers and directors for antitrust violations? The Japanese experience and possible lessons to Brazil. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (Org.). *Competition Law and Policy in Latin America: recent experiences*. Editora Kluwer, 2017, 244. FRAZÃO, Ana. Dever de diligência: novas perspectivas em face de programas de *compliance* e de atingimento de metas. Portal Jota, 15 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/constituicao-empresa-emercado/dever-de-diligencia-15022017>>. Acesso em 16 abr. 2018.

<sup>41</sup> Ver FRAZÃO, Ana. *Arquitetura da corrupção e as relações de mercado*: Somente uma mudança institucional profunda pode gerar frutos consistentes e duradouros. Portal Jota, 30 de Maio

meio da alteração das regras do jogo, da dinâmica competitiva dos mercados e da reformulação dos espaços de ação tanto do Estado como dos agentes econômicos é que se poderá pensar em uma solução isonômica, prospectiva e eficaz para o problema dos ilícitos corporativos.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 297-314. ISBN 978-85-450-0564-3.

---

### PARTE III

---

## PRINCIPAIS TIPOS DE COMPLIANCE