

O domínio informativo do *compliance officer*: uma análise sobre a existência do dever de comunicação às autoridades públicas, sob o prisma da Lei Anticorrupção

The domain informative of compliance officer: an analysis on the existence of the duty of communication to the public authorities, under the prism of the Anti-Corruption Law

Fabíola Fonseca Fragas de Almeida¹ 

¹ Faculdades Milton Campos, mestra em Direito, especialista em Direito Público, pós-graduanda em Interesses Difusos e Coletivos, programa de Pós-Graduação das Faculdades Milton Campos, email: fabiolafmattos@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho pretende analisar, através de uma pesquisa bibliográfica e documental, o real comprometimento do empresário com a integridade no desenvolvimento dos programas de *compliance*, sob o prisma da Lei Anticorrupção. Considerando o conceito de integridade, questiona-se a existência de dever do *chief compliance officer* de comunicar às autoridades públicas a prática de corrupção, ou até mesmo, a iminência de sua concretização. Verificou-se que, para a efetividade do programa, à luz da autorregulação regulada, deveria constar expressamente no contrato firmado entre a sociedade empresária e o *chief compliance officer*, a obrigação de repassar às autoridades competentes todas as informações de seu conhecimento, diante da omissão ou participação dos gestores em relação a ilícitos.

Palavras-chave: *Compliance*. Autorregulação regulada. Integridade. *Chief compliance officer*. Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

This work intends to analyze, through a bibliographical and documentary research, the real commitment of the company with the integrity in the development of the compliance programs, under the prism of the Anti-Corruption Law. Considering the concept of integrity, the existence of a duty of the chief compliance officer to communicate to the public authorities the practice of corruption, or even, the imminence of its accomplishment, is questioned. For the effectiveness of the program, in the light of regulated self-regulation, it should be expressly stated in the contract signed between the business company and the chief compliance officer, the obligation to pass on to the competent authorities all information of their knowledge, due to the omission or participation of managers in relation to illicit activities.

Keywords: *Compliance*. Regulated self-regulation. Integrity. Chief compliance officer. Anti-Corruption Law.

1 INTRODUÇÃO

Diante do reconhecimento da transnacionalidade como característica intrínseca da corrupção, verificar-se-á, ao longo do presente trabalho, que para o seu combate e erradicação, é necessária uma atuação coordenada e baseada na cooperação entre os países, contando sempre com a indispensável participação dos empresários.

Na perspectiva da autorregulação regulada, o Estado dividiu com o setor privado a função de fiscalizar e, assim, prevenir e detectar atos de corrupção, em especial através dos programas de integridade.

O *compliance* ganhou notoriedade no cenário brasileiro através da edição da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual elege-se como ponto central da análise a ser desenvolvida. O tema que será examinado se mostra palpitante em razão dos escândalos envolvendo grandes empresários brasileiros nos últimos anos, com reflexos sentidos na economia atual.

Pretende-se demonstrar que a busca pela implementação da ética empresarial vai além do cumprimento de normas, mostrando relevância na manutenção da boa imagem do empresário e no próprio equilíbrio do mercado, o qual é profundamente abalado pela prática da corrupção.

Considerando a eleição da integridade como princípio norteador do *compliance*, ao analisar este conceito, surgem alguns questionamentos, que se almeja solucionar ao longo deste artigo. O que se espera dos programas de *compliance*? Os empresários estão materialmente ou apenas formalmente comprometidos com a integridade no desenvolvimento de sua atividade econômica? A função a ser desenvolvida pelo *Chief Compliance Officer* abrange o dever de comunicar às autoridades públicas eventuais ilícitos apurados ou a iminência de sua concretização?

Ao retornar a origem do *compliance* como forma de proteger o setor empresarial, espera-se que o programa gere um mercado equilibrado com uma concorrência leal, evitando que a prática de subornos altere o nível de competitividade entre os empresários de um mesmo ramo, afetando, inclusive, a concretização do livre mercado.

Por outro lado, tomando como ponto de partida o fato de que a autorregulação regulada surgiu da conclusão de que os meios clássicos de investigação e fiscalização se mostravam ineficientes no combate de ilícitos, pode-se levar à ideia de que o *compliance* apresenta obrigação

de resultado, visando detectar riscos e prevenir ilícitos, que de alguma forma tenham aptidão de atingir o interesse público.

Considerando que os *shareholders* visam precipuamente atingir o lucro, os contornos das condutas empresariais vêm se delineando a partir das exigências do mercado e das imposições do Poder Público. Assim, os limites da eficácia dos programas de *compliance* estariam marcados muito mais pelos interesses egoísticos do que propriamente com o conceito de integridade.

No que tange ao dever do *chief compliance officer* de noticiar às autoridades públicas as informações obtidas em investigações internas, duas hipóteses surgem. Uma, sob o viés público e com foco na atividade econômica propriamente dita, pautando a atuação desse profissional no princípio da preservação da empresa, pode-se concluir pela existência desse dever.

Contudo, se pensar o *chief compliance officer* como empregado subordinado, com autonomia limitada, visando atender mais aos interesses dos *shareholders* do que dos *stakeholders*, seria impensável atribuir-lhe referido dever.

Dessa forma, o presente artigo, através de pesquisa bibliográfica e documental, demonstrará a existência de uma dupla natureza do *compliance*, que, ao longo da evolução histórica do instituto, ora pende para o interesse privado, ora para o interesse público.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTORREGULAÇÃO NA ECONOMIA

No período do liberalismo econômico, o Estado não deveria intervir nas práticas comerciais, cumprindo-lhe respeitar os termos dos contratos privados, efetivar a defesa do país e manter os serviços públicos essenciais. Vigorava, assim, o capitalismo de concorrência e a autorregulação da economia, em conformidade com a ideia de mão invisível do mercado de Adam Smith (SCHMIDT, 2018). Contudo, segundo Sztajn (2010, p. 22), os mercados que não são do tipo concorrência perfeita, apresentam falhas, tais como “assimetria de informação, externalidades, displicência, ações culposas”, gerando a necessidade de regulação.

Então, no período posterior à Primeira Guerra Mundial e ao *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929, houve uma revisão da proposta de neutralidade do Estado frente à economia, o que fez surgir proposta de heterorregulação da economia pelo Estado, seja através de uma intervenção total, como no socialismo de Marx e Engels, ou de intervenção parcial, seguindo a doutrina política econômica de John Maynard Keynes (LUZ, 2018). O momento foi marcado por uma forte

intervenção do Estado, através de regulação dos agentes econômicos, inclusive com a formulação da noção de Ordem Econômica, bem como através da criação de empresas estatais, apresentando o Estado como produtor de bens e serviços, signo da organização política e econômica conhecida por Estado de bem-estar social.

Posteriormente, com a crise do keynesianismo, houve um afastamento entre Estado e economia, principalmente através das privatizações e do surgimento das agências reguladoras. Mais uma vez o papel do Estado na economia se transmuta, sendo encarregado de regular e fiscalizar os comportamentos dos agentes econômicos, o que ficou conhecido como Estado Regulador (*rule at a distance*). Mas, importante frisar que, isso não significa que o papel estatal se resume somente a regular a economia, vez que lhe cabe também explorar diretamente atividades marcadas profundamente pelo interesse coletivo ou necessárias à segurança nacional.

A partir de então, começa a surgir uma interação diferente entre Estado e o setor empresarial. Diante da globalização e consequente internacionalização dos mercados, o poderio das sociedades empresárias transcendeu os limites territoriais dos Estados, levando o Poder Público a entender que as formas clássicas de regulação não eram mais suficientes. Surge, dessa forma, a autorregulação regulada, baseada numa cooperação entre os poderes público e privado. O mercado é utilizado como mecanismo regulatório, sendo que o Estado incentiva ou, por vezes, determina aos particulares que regulamentem sua própria atividade, sempre em consonância com os objetivos estatais, apresentando como instrumentos os Códigos de conduta, programas de *Compliance*, dentre outros, sempre aliados aos princípios da boa governança (LUZ, 2018).

A ideia de autorregulação regulada irradia por todo o ordenamento jurídico, mas neste artigo o enfoque se resume no seu reflexo nos programas de integridade, em especial no combate à corrupção, conforme será desenvolvido adiante.

3 ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DO COMPLIANCE

Embora a corrupção exista desde os tempos remotos, a preocupação com esse fenômeno social ganhou grande relevância diante da globalização dos mercados. A transnacionalidade faz despontar a necessidade de cooperação e coordenação de atitudes em âmbito internacional, no seu combate e prevenção.

A legislação norte-americana trouxe o marco inicial na legislação internacional na luta contra a corrupção com o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), sancionado em 1977, pelo presidente Jimmy Carter.

A regulação veio em resposta ao momento histórico dos Estados Unidos, que foi marcado pelo escândalo *Watergate*, que resultou no primeiro e único caso de renúncia de um presidente norte-americano – Richard Nixon, e pelo caso *Lokheed Aircraft Corporation*, que revelou pagamento indevido a diversos governos estrangeiros, mas que, diante da lacuna normativa punitiva, não resultou em criminalização de nenhum responsável. Buscou-se, dessa forma, com a edição do FCPA, moralizar a conduta empresarial.

Consequentemente, verifica-se que o FCPA não surge com o escopo de defender o interesse público, mas sim o interesse privado, na busca de eliminar a concorrência desleal e atingir, assim, o *level playing field* (OLIVEIRA, 2019a). Portanto, o *compliance* surge de um contraponto entre ética e pragmatismo, de um lado a integridade como seu princípio norteador e, de outro, alinha-se à governança corporativa, diante da necessidade de concorrência leal e equilíbrio de mercado.

O viés publicista do combate à corrupção somente adveio na década de 1990, com a celebração de acordos internacionais, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em 1996, e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada em 1997, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Importante lembrar que o hiato temporal entre o FCPA e as referidas convenções internacionais decorreu do período da Guerra Fria, em que a diplomacia norte-americana, empenhada com outras questões, não buscou ou não conseguiu alinhar acordos internacionais nesse sentido. Essa circunstância gerou perda de competitividade aos empresários norte-americanos, que deveriam seguir as rígidas regras do FCPA, enquanto os concorrentes estrangeiros continuavam a praticar atos de suborno ao redor do globo, podendo, inclusive, em alguns países, realizar dedução fiscal do valor pago a título de propina. Fato é que uma emenda no FCPA, em 1988, determinou que o governo norte-americano agisse com a finalidade de celebrar acordos internacionais anticorrupção empresarial.

Em decorrência da celebração das convenções internacionais, houve uma multinacionalização das atividades de combate à corrupção, com a criação de normatizações como

a norma australiana AS 3806:2006 e o *UK Bribery Act*, no Reino Unido, de 2010. No Brasil, o reflexo dos referidos documentos internacionais originou a Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa.

Juntamente com as normatizações anticorrupção, os programas de *compliance* passam a ser preocupação constante nas empresas, a fim de promover a ética no ambiente empresarial e, conseqüentemente, prevenir ilícitos e eventuais responsabilizações. O instituto, que teve sua origem na prevenção e erradicação da corrupção, ganhou dimensões exorbitantes, significando a busca incessante de cumprir todas as normatizações a que a empresa está submetida, tanto que, atualmente, sofre diversas divisões: *compliance* trabalhista, *compliance* tributário, *compliance* ambiental etc.

Cabe uma crítica a tal expansão, posto que, ao alargar seu espectro, o *compliance* sofre uma tendência natural de vulgarização, correndo o risco de não atingir os objetivos iniciais, nem os objetivos agregados. Até porque, seguir as normas já é algo intrínseco à toda a sociedade submetida a um ordenamento jurídico.

Segundo Bobbio (2016), citando Giorgio Del Vecchio (1953, p. 230), “importantíssimo e essencial caráter da norma jurídica é a imperatividade. Não podemos conceber uma norma que não tenha caráter imperativo, a não ser sob condições determinadas”. Logo, não se mostra salutar expandir o *compliance* de tal modo que o reduza a um verificador de eficácia da norma. Talvez um retorno às origens do instituto ajude o aplicador do direito e o administrador a definir o seu futuro.

De acordo com Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 180), o *compliance* ingressou no cenário brasileiro por meio da Lei nº 12.683/12, que alterou a Lei nº 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, “ao especificar que determinadas pessoas (físicas e jurídicas) se mostram obrigadas a identificar seus clientes e a manter registro dos mesmos, e, por outro lado comunicar certas operações financeiras, tudo com vistas ao evitamento do crime”.

Ganhou ainda mais notoriedade no Brasil com a edição da Lei Anticorrupção, que prevê a responsabilidade objetiva, administrativa e civil, de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O *compliance*, na norma brasileira anticorrupção, é apresentado como forma de atenuar a consequência jurídica direcionada ao ente coletivo de Direito Privado, o que é visto por muitos como uma forma tímida de incentivar a adoção do instituto, vez que em âmbito internacional um programa de integridade efetivo é capaz de isentar a pessoa jurídica de sanções.

Dessa forma, ante a proliferação de atos normativos anticorrupção e da atuação de sociedades empresárias em diversos países, a adoção e o desenvolvimento do *compliance* se tornou uma necessidade, não apenas para atender às sugestões/imposições do Poder Público, como para manter um *marketing* positivo da pessoa jurídica no mercado.

Afinal, ao longo da história, as ações que geraram maior benefício para a humanidade não ocorreram por benevolência de seus agentes, mas sim para atender a interesses egoísticos.

A constatação acima foi abordada em “A Riqueza das Nações”, por Adam Smith (2016, p. 19), no século XVIII:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter.

O mesmo ocorreu na história do *compliance*, uma vez que os empresários adotam referido programa, não por terem compromisso com a integridade, mas para atender seus próprios interesses, sejam eles ligados a uma concorrência leal ou para evitar sanções jurídicas decorrentes do descumprimento de normas.

4 EFETIVIDADE DO COMPLIANCE

Inicialmente, para identificar o objetivo do *compliance*, à luz da Lei nº 12.846/13, é preciso conceituar corrupção. Nesse sentido, imprescindível trazer o conceito elaborado por Hungria (1958b, p. 365):

A corrupção (*corruption, bribery, Bestechung, coecho, corruzione*), no seu tipo central é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário *corrompido*, e ativa quando se considera a atuação do *corrutor*.

A corrupção traz consigo uma série de efeitos deletérios, ultrapassando a questão da livre concorrência, uma vez que obsta o desenvolvimento social dos países, enfraquece os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da justiça social, além de, afetar a governança da própria pessoa jurídica (CARVALHOSA, 2015).

Definida teoricamente, o artigo 5º da referida lei¹ elenca as práticas que configuram corrupção, sendo um marco legislativo em seu combate e prevenção.

No combate à corrupção, o *compliance* surge como figura central. Embora a Lei nº12.846/13 não tenha maiores comentários sobre o instituto, o Decreto nº 8.420/15, que a regulamenta o faz, inclusive, em seu artigo 41, traz seu conceito nos seguintes termos:

Art.41. Para fins do disposto neste Decreto, 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 objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Para fins práticos de implementação e desenvolvimento dos programas de *compliance*, o *Federal Sentencing Guidelines*, nos Estados Unidos, e o Guia de Programa de Integridade - diretrizes para empresas privadas, formulado pela Controladoria Geral da União - CGU, no Brasil, são fontes importantes, pois traçam os meios para atingir a efetividade do mecanismo.

Os principais pilares de um programa de *compliance* são: (I) comprometimento e apoio da alta direção; (II) instância responsável pelo programa de integridade; (III) análise de perfil e riscos;

¹ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

(IV) estruturação de regras e instrumentos; (V) estratégias de monitoramento contínuo (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2015).

O Guia da CGU (2015, p. 25) evidencia a “interdependência entre os cinco pilares do programa”, ressaltando, ainda, que “o Programa de integridade deve ser entendido como uma estrutura orgânica, que somente funcionará caso exista harmonia e conexão entre seus pilares”.

Para a efetividade de um programa de integridade, o comprometimento da alta liderança da empresa é indispensável (*tone at the top*), pois deve servir de modelo ético para o restante da organização, bem como apoiar e dar suporte às ações executadas pelo programa.

O *compliance* apresenta uma relação de complementariedade e interseção com a governança corporativa, cujos princípios são equidade (*fairness*), transparência (*disclosure*), prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa (*compliance*).

Além disso, o *chief compliance officer* deve ter fácil acesso a alta hierarquia da companhia, até porque, se ele não tiver voz ativa para reportar tudo que investigar, o programa de integridade não passará de uma folha de papel.

Em organizações com alto nível de comprometimento com o regime de conformidade, o *chief compliance officer* tem cadeira no Conselho de Administração, fato que facilita a sua atuação, haja vista que nas investigações que realiza não há hierarquia, podendo inclusive verificar condutas do *chief executive officer* – CEO, por exemplo.

Em relação ao *chief compliance officer*, é interessante analisar sua posição na estrutura de poder da pessoa jurídica, tendo em vista que isso interfere diretamente na sua autonomia. Conforme dito anteriormente, é salutar que referido profissional faça parte do Conselho de Administração ou, pelo menos, da Diretoria Executiva. Caso não faça, é necessário que participe de reuniões regulares com esses grupos, a fim de reportar as informações obtidas nas investigações internas.

Quanto ao seu vínculo com a pessoa jurídica, traz mais efetividade ao programa de integridade que a eventual rescisão do contrato do *chief compliance officer* deva ser aprovada pelo Conselho de Administração, não sendo decisão exclusiva do CEO.

Outro ponto importante no desenvolvimento do programa de integridade é o mapeamento e avaliação de riscos, que deve ocorrer periodicamente. Deve-se levar em consideração os países de atuação da empresa, o ramo de atividade, necessidade de envolvimento com a Administração Pública, a estrutura da cadeia produtiva (existência de colaboradores, fornecedores, terceirizados etc.).

A empresa deve deixar claro o seu compromisso em manter e disseminar a ética no cenário econômico para todos com quem se relaciona, tanto para seus empregados como demais colaboradores. Para isso, o *compliance* deve estar em consonância com os objetivos da organização, sendo necessário haver regras e diretrizes claras sobre essa postura no Código de Conduta.

Para a conscientização e engajamento dos colaboradores com a ética empresarial e conduta lícita, o treinamento constante se mostra indispensável. Lembrando que o treinamento deve ser realizado em linguagem fácil e acessível, sempre direcionado de acordo com o público alvo e utilizando de diversos meios de comunicação (OLIVEIRA, 2019b).

O monitoramento e a verificação dos controles internos buscam a correção de falhas no mecanismo de conformidade, oportunizando o seu aprimoramento. Dessa forma, o *compliance* deve passar por controle de auditorias internas, como todos os demais setores da empresa, verificando se o programa realmente está funcionando.

Ademais, deve haver a implementação de um canal de denúncias, aberto ao público interno e externo. Recebia a denúncia, inicia-se um procedimento de investigação interna, que deve ser independente e austero, e, caso confirmada a conduta indevida/irregular, deve-se aplicar a sanção devida. Todos esses procedimentos demonstram o engajamento do empresário com a cultura de integridade e transparência.

Com relação aos demais colaboradores da empresa, como parceiros, fornecedores e clientes, aponta-se a necessidade de observar o *Due Diligence*, através de coleta de informações, mapeamento de riscos, análise de reputação e dos programas de integridade por eles desenvolvidos. Afinal, uma conduta ilícita de terceiro além de ser capaz de macular a imagem da pessoa jurídica, pode gerar sua responsabilização. Ainda mais diante da amplitude da redação do art. 2º da Lei Anticorrupção, que traz como critérios normativos o interesse e/ou o benefício da pessoa jurídica face à atitude ilícita.

Ainda com a finalidade de dotar de efetividade o *compliance*, cumpre realizar a gestão de consequência, que, segundo Oliveira (2019b, p. 490), “nada mais é que a aplicação de penalidades no tratamento de não conformidades e denúncias procedentes promovendo a conscientização da organização quanto ao cumprimento de código de conduta e das políticas de *Compliance*”.

Portanto, percebe-se que, em que pese a corrupção se originar através do empresário, também é possível que a corrupção seja evitada por meio dele, com a disseminação da cultura de

ética e de integridade, bem como ao não tolerar desvios de conduta. Busca-se desenvolver um efeito *spill over* (transbordamento) a partir do seio da pessoa jurídica de direito privado.

5 A COMUNICAÇÃO DE IRREGULARIDADES

De acordo com Antonik (2016, p. 678) “adotar ética, *compliance* e responsabilidade social como tônicas gerenciais é um processo mais difícil ainda e requer maturidade empresarial e solidez de propósitos”.

Após a investigação interna, sendo classificada como procedente a denúncia, compete ao *compliance officer* reportar todas as informações obtidas ao CEO e, conforme o caso, ao Conselho de Administração.

A Lei da Empresa Limpa traz, em seu art. 16, a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre o Poder Público e a pessoa jurídica responsável pelo ato que colaborar efetivamente com as investigações. Embora o acordo não exima a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado, gera a isenção das seguintes sanções: publicação extraordinária da decisão condenatória; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Além disso, a celebração do acordo de leniência reduz em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Percebe-se que, realizar uma autodenúncia e colaborar espontaneamente com a investigação pública, além de coadunar com a política de ética e integridade empresarial, gera benefícios jurídicos ao empresário.

É necessário diferenciar criminalidade de empresa, “cometida em favor da empresa”, de criminalidade na empresa, “em relação aos cometidos dentro da empresa, por um dos seus órgãos, contra outros, ou contra si mesmo”. (SILVEIRA; DINIZ, 2015).

Tanto que, muitas vezes, a prática de suborno e pagamento de propina está necessariamente ligada à concretização de algum objetivo da pessoa jurídica, fato que pode acarretar na omissão ou acobertamento da conduta ilícita pela alta gestão da empresa.

Diante da situação apresentada, caso a alta administração não adote uma conduta baseada na ética e na integridade, o *chief compliance officer* deve comunicar o ilícito ou a iminência de implementação às autoridades públicas?

Sob o prisma da autorregulação regulada, em que o estado divide o ônus de perseguir o objetivo de prevenir e erradicar a corrupção, pode-se defender que caberia ao *chief compliance officer* notificar às autoridades públicas todas as informações de seu conhecimento acerca de práticas ilícitas. Considerando que, a autorregulação regulada parte do pressuposto de que os mecanismos adotados pelo Estado não são suficientes para concretizar o interesse público, nesse caso, caberia ao particular cooperar. Então, o *chief compliance officer*, representando a pessoa jurídica estaria cumprindo seu papel nessa “divisão de tarefas”.

O segundo argumento favorável relaciona-se ao princípio infraconstitucional da preservação da empresa. Vale lembrar que, o princípio em questão não pretende tutelar o empresário, mas sim a própria atividade empresarial. Sobretudo, porque a sua continuidade interessa não somente ao seu titular, mas a toda a sociedade, seja em razão da manutenção de postos de emprego, arrecadação fiscal ou continuidade no oferecimento de certos bens e serviços, atendendo ao mercado consumidor.

Nesse sentido, ao analisar o art. 19, IV, da Lei Anticorrupção, verifica-se a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica em caso de responsabilização judicial pelo cometimento de algum ato previsto no art. 5º da referida lei. A aplicação dessa sanção afetaria não só os acionistas/sócios da pessoa jurídica, mas todos aqueles englobados no conceito de *stakeholders*, como os empregados, fornecedores, clientes e a comunidade.

Dessa forma, é plausível e salutar reconhecer o dever do *chief compliance officer* de reportar às autoridades públicas todo o seu domínio informativo, a fim de demonstrar que a empresa conta com um programa de *compliance* responsável e comprometido (em que pese não ter atingido o objetivo de prevenir o ilícito). Esse fato poderá ser levado em consideração quando da aplicação de eventuais penalidades à pessoa jurídica pela prática de corrupção.

O terceiro fundamento favorável a ser invocado, toma como ponto de partida o conceito de integridade, definido pelo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2014) como qualidade de íntegro, inteireza, retidão, imparcialidade.

A partir do momento em que se elege a integridade como princípio norteador do *compliance* e, conseqüentemente, da atuação empresarial, a pessoa jurídica deveria se valer de todos os meios lícitos para atingir o objetivo de prevenir e erradicar a corrupção em sua atividade. Para tanto, deveria dotar o *chief compliance officer* de instrumentos para efetivar sua missão, dentre eles a expressa atribuição contratual de comunicar eventuais ilícitos às autoridades públicas em

caso de omissão ou atuação criminosa da alta gestão. Isso tudo atrelado à ideia de que a pessoa jurídica empresária se difere de seus sócios/acionistas e diretores.

Trata-se de comparar a pessoa jurídica empresária a Ulisses, figura central da Odisseia de Homero, que determinou que os membros da tripulação de sua embarcação o amarrassem ao mastro a fim de não sucumbir ao canto das sereias quando passassem pela ilha de Capri com destino a Ítaca (HOMERO, 2014).

Seguindo o exemplo de Ulisses, deve a pessoa jurídica empresária não sucumbir às diversas tentações, dotando o *chief compliance officer* de todas as prerrogativas necessárias para o desempenho de sua atividade, mesmo que, em um primeiro momento, isso entre em conflito com seus interesses imediatos.

Contudo, apesar dos argumentos acima, há diversas razões para que o *chief compliance officer* não tenha a obrigação de comunicar às autoridades públicas eventuais ilícitos apurados.

Primeiramente, a Lei Anticorrupção não prevê referido dever, diferente do que ocorre na Lei de Lavagem de Capitais (artigo 9º, XIV, c.c. artigo 11, II). Todavia, importante mencionar que os ilícitos referidos na Lei nº 9.613/98 não são referentes à atividade do empresário, mas sim de um terceiro, o que torna a comunicação do ilícito muito mais viável.

Um argumento de ordem prática merece ser destacado. Caso o *chief compliance officer* tivesse a obrigação de comunicar às autoridades públicas ilícitos apurados no cumprimento de sua missão, este gozaria de pequeno ou de nenhum acesso às informações mais relevantes da empresa, na medida em que seria um “quinta coluna”², um espião dentro da empresa, com o objetivo de entregar seus colegas.

O *chief compliance officer* deve gozar de amplo acesso às informações da empresa para que possa desempenhar seu papel de maneira efetiva. Todavia, isso somente será possível se gozar da confiança da alta administração e dos demais colaboradores, razão pela qual o dever de comunicar ilícitos apurados na empresa às autoridades públicas seria incompatível com sua missão.

Não pode ser esquecido também que o *chief compliance officer* é um empregado da pessoa jurídica, podendo ser demitido a qualquer momento. Pensando no *chief compliance officer* como subordinado, é praticamente impossível esperar deste a iniciativa de comunicar os atos apurados às

² Expressão utilizada para designar indivíduos que atuam traiçoeiramente dentro de um grupo, em prol de seus rivais. Teve origem na Guerra Civil Espanhola (1936-1939).

autoridades públicas, haja vista que referido profissional seria demitido cada vez que obtivesse êxito no cumprimento desse dever.

Pensando dessa maneira, o *chief compliance officer* seria sempre estimulado a não apurar nada, uma vez que, quanto mais descobrisse, mais teria seu emprego ameaçado, acarretando uma perda significativa de efetividade no programa de *compliance*.

Pode-se argumentar que o *chief compliance officer* poderia gozar de estabilidade por determinado lapso temporal, nos moldes da existente para dirigentes sindicais. O argumento, apesar de interessante, não convence, na medida em que o profissional se encontraria sempre na iminência de ter seu período de estabilidade encerrado e de encarar a ira das pessoas que delatou às autoridades públicas. Do mesmo modo, é equivocado pensar que o *chief compliance officer* deveria gozar de estabilidade pelo tempo de duração de seu contrato de trabalho, haja vista que isso engessaria a gestão da empresa, a qual não gozaria de liberdade de rescindir o contrato de um trabalhador que não mais atenda aos seus interesses.

Outro argumento que merece consideração, apesar de não ser uma regra, é o de que a grande maioria dos *chiefs compliance officers* é formada por advogados, os quais possuem o dever de sigilo em relação aos seus clientes (artigo 26 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil), sendo juridicamente impossível obrigar um advogado a prestar informações que prejudiquem seu cliente.

Na seara do Direito Penal, vislumbra-se mais um fundamento contrário ao dever de comunicação do *chief compliance officer*, haja vista que este não se enquadra na posição de garante, a qual somente é imputada àquele que possui poder de tomada de decisões dentro da pessoa jurídica empresária.

Disciplina o artigo 13, §2º, do Código Penal que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Referido dispositivo legal é aplicável aos delitos omissivos impróprios, ou seja, aqueles em que o tipo descreve uma ação, mas a inércia do agente leva à produção do resultado.

O “dever de agir” está descrito nas alíneas do §2º, encontrando na alínea “a” o “dever legal”, na alínea “b” a figura do “garante” e na alínea “c” a situação daquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Como ensinado por Hungria (1958a, p. 69), a relevância penal da omissão não se explica apenas de maneira causal, uma vez que *ex nihilo nihil*³: “Tem-se procurado demonstrar que a omissão é mecanicamente causal, o que vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo. O problema só admite solução quando se considera que causa não é apenas um conceito naturalístico, senão também um conceito lógico”.

Portanto, não é razoável imputar ao *chief compliance officer* a obrigação legal de impedir a ocorrência de um delito, mesmo que possua informações para tanto, uma vez que este profissional não detém poder de decisão dentro da estrutura da empresa.

Esse argumento deriva da ideia de que não compete ao *chief compliance officer* tomar decisões, vez que sua função é evitar riscos, gerenciar crises e reportar acontecimentos, sendo, assim, um suporte àqueles que deverão deliberar sobre o problema (*gatekeepers*). Portanto, a decisão diante de uma conduta irregular ou ilícita não está em suas mãos, mas sim da alta gestão.

Dessa forma, com base nesses argumentos, não há como obrigar o *chief compliance officer* a informar os ilícitos eventualmente apurados em sua atividade às autoridades públicas, sob pena de se transformar o programa de *compliance* da empresa em mera formalidade, retirando toda sua efetividade.

Ao adotar a posição contrária ao dever de comunicação, seria necessário reconhecer a obrigação do *chief compliance officer* de, descobrindo a prática de alguma conduta ilícita, informar o ocorrido à alta gestão da pessoa jurídica, tendo amplo acesso ao CEO, bem como ao Conselho de Administração, documentando todo o ocorrido, que servirá como prova pré-constituída de dolo dos gestores, caso estes se omitam frente à comunicação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento do presente artigo, ao analisar o que se espera dos programas de integridade, foi constatada a dupla natureza do *compliance*, uma vez que voltado tanto ao interesse privado, na busca do equilíbrio de mercado com uma concorrência leal, quanto ao interesse público, a fim de combater a corrupção.

Essa característica reflete diretamente na análise do dever do *chief compliance officer* de comunicar ilícitos apurados ou em vias de acontecer às autoridades públicas. Pensando apenas na

³ Expressão latina que significa nada surge do nada.

natureza privada do *compliance*, não seria razoável exigir tal postura do referido profissional. Contudo, quando se trata do interesse público referente a uma Administração proba, verdadeiro imperativo no mundo atual, é crível conferir-lhe a obrigação em tela.

Apesar dos diversos argumentos de ordem prática demonstrarem não ser aconselhável imputar ao *chief compliance officer* a obrigação de comunicar eventuais ilícitos apurados às autoridades públicas, é necessário frisar que referido dever encontra-se em perfeita consonância com o conceito de integridade, o qual visa conferir maior efetividade ao programa de *compliance*, bem como aos objetivos dos países e das empresas de erradicar a corrupção, fenômeno que drena recursos tanto de pessoas jurídicas de direito público quanto de direito privado.

Por fim, os empresários se mostram comprometidos com a integridade no estreito limite de seus próprios interesses, sempre reagindo às exigências dos agentes socioeconômicos, afim de garantir a sobrevivência da empresa e, assim, atingir o lucro.

REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luís Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2016. *E-book*.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Programa de Integridade – diretrizes para empresas privadas**. 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 05 jul. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *In: Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2014.

- HOMERO. **Odisseia**. Tradução Christian Werner. 1.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.
- LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (org.). **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Vol. 1. 1ª Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (org.). **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Vol. 2. 1ª Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico: parte geral**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SMITH, Adam. **A riqueza das Nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. Vol. 1. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.
- SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. *E-book*.
- UNITED STATES OF AMERICA. 95th Congress. Public law 95-2013. **The Foreign Corrupt Practices Act**. Washington, DC., 19 dez. 1977. Versão em português. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2022.