

A Efetividade do *Compliance* em relação aos riscos representados por terceiros inseridos na cadeia produtiva
Vivian Kurtz Vieira de Carvalho

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação da Prof^a Lie Uema do Carmo

Versão de 18.9.2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

No Brasil¹, o *compliance* passou a ser conhecido do grande público após as investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal para apurar a responsabilidade penal de agentes públicos e de executivos em crimes contra a administração, decorrentes, dentre outras condutas típicas, dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

As empresas envolvidas nessas operações, em ato seguinte, ou implantavam o *compliance*, para demonstrar que possuem outro padrão de operação², ou apresentavam-no como hipótese de redução/gradação das penas aplicadas.

O *compliance* está compreendido como objeto quase que exclusivo do direito penal (*criminal compliance*). Todavia, o *compliance* tem outra origem³, está comprometido com a conformidade ampla das atividades desenvolvidas pela empresa em relação ao marco regulatório da atividade e do local de atuação, à cultura e às normas internas da empresa. Objetiva criar *standard* comportamental, regulatório e normativo das atividades, controlar

¹ No Brasil, empresas multinacionais há muito tempo possuem *compliance*, em razão das legislações estrangeiras e de normas de mercado de valores, assim como o setor financeiro. Diversas leis, ao longo dos anos, como Lei nº 9.613 de 3.3.1998 e Lei nº 12.683 de 9.7.2012 criaram obrigações relativas a controles, além de atos administrativos do Banco Central do Brasil, Resolução n.º 2554 de 24.9.1998, de modo que, não é novidade no país a normatização do tema, mas a implantação massificada e popularizada se dá nesse momento.

² A empresa Odebrecht divulgou uma nota ao mercado com o título “Desculpa, a Odebrecht errou”, disponível em <https://nossocompromisso.com/comunicado/desculpe-a-odebrecht-errou/>

³ O *compliance* nasce no início do século XX com a organização da indústria farmacêutica nos Estados Unidos da América. A criação da agência reguladora Federal and Drug Act em 1906 visava uniformizar diversos procedimentos e condutas em relação ao uso de medicamentos, como por exemplo, rotulagens, informações aos pacientes e médicos, limitação do uso de substâncias químicas na elaboração de fórmulas, com o objetivo de homogeneizar as práticas e permitir o desenvolvimento dessa indústria de forma segura para todos os envolvidos.

riscos⁴ e detectar e corrigir não conformidades em relação ao seu *standard* comportamental ou regulatório. Extrapola, portanto, as questões que podem ser tipificadas como crime.

Trata-se de um dos instrumentos que concretiza a governança corporativa nas mais diversas estruturas internas e externas que compõem uma organização empresarial. O *compliance* inicia a partir da visão da mais alta hierarquia da empresa, que definirá um conjunto de valores e regras e os formalizará no Código de Ética, em normas e procedimentos de condutas sobre diversos assuntos que serão disseminados a todos os demais empregados e colaboradores que participam daquele negócio de forma contínua e perene.

Este complexo sistema é atualizado e testado periodicamente, conforme a necessidade, as condições econômicas e de mercado e outros fatores externos e internos, com o objetivo de efetivá-los na arquitetura organizacional.

Nesse sentido, integram o *compliance* todos os eventos que podem impactar a imagem da empresa, de forma geral e abrangente. Por exemplo: determinar regras para a participação dos empregados de uma empresa em eventos corporativos oferecidos por clientes e/ou fornecedores e/ou prestadores de serviços; a forma de relacionamento com consumidores obesos; a concentração de serviços prestados por uma única empresa; a exposição da marca; o uso das mídias sociais. Esses eventos, a princípio, não acarretam nenhuma responsabilidade criminal, mas podem, eventualmente, implicar outro tipo de responsabilidade e afetar a imagem da corporação.

Inclusive como consequência de uma interação indevida realizada por um empregado de uma empresa independente que integra a cadeia de fabricação de um determinado produto que repercute para outra ou todas que a compõe, ainda que sem qualquer característica de grupo econômico.

Dentro desse cenário, parece simples conceituar o *compliance* como um mero conjunto de valores e normas determinados pelo poder público e pela mais alta hierarquia da empresa. Fosse assim, bastaria ministrar um curso, obter um comprovante de treinamento e estaria considerado implantado o *compliance*. No entanto, o *compliance* necessita ser efetivo para ser considerado válido aos fins a que se propõe.

O objetivo deste estudo é estabelecer os critérios para o *compliance* ser considerado efetivo em relação às empresas independentes que concorrem na cadeia de fabricação de um produto ou prestação de um serviço, a fim de que, uma vez implantado, seja possível limitar

⁴ O conceito de risco não está vinculado ao cumprimento de um ato normativo, esse conceito é amplo e diz respeito aos eventos que podem impactar a atividade desenvolvida para a empresa, exemplo, no mapa de risco de todas as empresas está o “Risco País” que prevê como indicadores o percentual de inflação, a avaliação do país, o percentual de juros, eventos que impactam qualquer atividade empresarial e, em alguns setores o impacto é drástico, i.e, instituições financeiras que emprestam dinheiro serão automaticamente atingidas por tais eventos; outro exemplo, em uma empresa de varejo, o “Controle do nível de concentração de empresas transportadoras terceirizadas”, caso essa empresa tenha algum problema de greve dos seus empregados ou problemas financeiros, impactará diretamente a operação da empresa varejista, dessa forma, para o *compliance* risco é todo o evento que possa influenciar de forma decisiva a operação de uma empresa. In CARVALHO, Vivian; OSTI, Wagner. *A responsabilidade do compliance officer: conflitos entre autonomia e a tomada de decisão dos gestores*. São Paulo: FGV DIREITO SP (working paper produzido para a disciplina *Profissões Jurídicas*), 2017.

os impactos exclusivamente na empresa responsável pelo ato lesivo, afastando-os das demais inseridas na mesma cadeia produtiva.

Essa seria uma solução que estimularia o *compliance* no ambiente empresarial, pois sua implantação demanda custos, sem fonte de receita diretamente vinculada, advindo, então, o benefício, da limitação da responsabilidade a um determinado agente, isolando os demais.

Nesse cenário, legislações internacionais impõem sanções em decorrência da atividade de terceiros, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”), nos Estados Unidos da América, e o *United Kingdom Bribery Act* (“UK Bribery Act”), no Reino Unido.

No Brasil, a Lei nº 12.846 de 1.8.2013 (“Lei Anticorrupção”) também impõe sanções em decorrência de atos de terceiros, de forma que, para questões de *compliance*, há uma responsabilidade compartilhada, independente da atuação direta do empregado ou do executivo de uma dada empresa. Tal responsabilidade é determinada pelo fato de as empresas estarem, de alguma forma, vinculadas e agirem entorno de um mesmo objetivo ou, ainda, como forma de evitar que terceiros sejam destacados para a prática de determinados atos por conta e em nome de outras empresas.

A responsabilidade está aderente ao mundo globalizado e à tendência dos negócios desverticalizados, em que a soma dos esforços gerará o produto final e o beneficiamento será compartilhado entre todas as empresas, na medida proporcional de suas contribuições e investimentos. Nessas circunstâncias, é preciso reconhecer a possibilidade de um desvio de conduta unilateralmente praticado por uma delas que, se fosse de prévio conhecimento das demais, medidas seriam tomadas para impedir a prática e promover a exclusão da sua participação na cadeia. No entanto, nem sempre essa identificação é possível e a ciência ocorrerá, na maioria dos casos, quando a prática não conforme já foi adotada.

Por outro lado, o *compliance* efetivamente implantado é, em termos legais, um fator de redução das penalidades. Neste sentido, o presente estudo objetiva demonstrar que a efetividade em relação às empresas independentes deve constituir causa para considerar afastada a responsabilidade das demais que integram a cadeia produtiva, em razão da própria segregação da organização interna⁵ das entidades.

As legislações tratam de forma genérica acerca dos elementos que integram o sistema de *compliance* e silenciam acerca dos critérios para considerá-lo efetivamente implementado. Contudo, nos Estados Unidos, onde integra a realidade empresarial e normativa com maturidade, há conteúdo indicativo do que significa efetividade, como o *2012 Federal Sentencing Guidelines Manual*, emitido por *United States Sentencing Commission*.

⁵ O *compliance* é um sistema de controle interno da empresa, por tal razão, na relação entre as diversas empresas em uma cadeia produtiva há vinculação em relação ao produto ou serviço final a ser fabricado ou prestado, mas inexistente uma vinculação em relação à organização interna administrativa, financeira, comportamental e essa independência pode ser a causa de um desvio unilateral cometido por uma dessas empresas.

A doutrina jurídica, por sua vez, se debruçou sobre o tema e estruturou critérios, bem como decisões judiciais enfrentaram o tema para determinar a responsabilidade de agentes. Razão pela qual a experiência internacional contribuirá para determinar os critérios de efetividade do *compliance* no Brasil.

O passo seguinte reside no estudo da estrutura de responsabilidade entre entidades empresariais independentes como causa para exclusão da responsabilidade da empresa, de seus executivos, de seus empregados e/ou das demais empresas envolvidas no mesmo negócio. Não para fugir à responsabilidade, mas para implementar corretamente um sistema de *compliance* capaz de integrar empresas com menor risco individual e contribuir com o ambiente empresarial ético.

O propósito desta pesquisa reside na determinação (i) dos critérios para que o *compliance* seja considerado efetivo em relação aos terceiros que integram a cadeia produtiva; (ii) do levantamento de eventos não tipificados pelo direito penal, mas que possam acarretar a responsabilidade de outra empresa, pelo simples fato de estar na mesma cadeia produtiva da empresa infratora; e (iii) do estudo da estrutura de responsabilidade entre empresas independentes, a fim de ser considerado o *compliance* implementado como causa da exclusão por descumprimento de alguma regra que o integra.

2. Modelo de pesquisa

A pesquisa será feita a partir da literatura jurídica estrangeira sobre o assunto, dos manuais criados pela *International Organization for Standardization* (“ISO 19600:2014”) sobre *compliance*, pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”), pelo Tribunal de Contas da União, ou por entidades governamentais, como o BACEN (Resolução 4.595/2017), e não governamentais que se dedicam ao estudo e desenvolvimento do assunto, bem como da doutrina nacional relevante, com enfrentamento do problema prático a respeito do tema.

3. Problemas e quesitos

Como consequência do momento em que, no Brasil, o *compliance* ganha visibilidade e passa a ser discutido e implantado de forma ampla pelas empresas, surge, naturalmente, a necessidade da conceituação, da compreensão dos efeitos, da determinação dos critérios para que seja considerado efetivo.

Esse trabalho propõe responder os seguintes quesitos:

- O *compliance* é uma obrigação de meio ou de resultado?
- O *compliance* precisa ser efetivo ou eficaz? Que diferenças existem para fins de responsabilidade por ato de terceiros?
- Como impor a terceiros os deveres do sistema de *compliance*?

- Quais as implicações a respeito da imposição a terceiros dos deveres do sistema de *compliance* ?
- Quais os critérios e evidências para afirmar se o sistema de *compliance* foi implantado com efetividade, de forma a produzir os efeitos esperados, nos termos do art. 7, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013 e dos arts. 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015?
- Quais as consequências decorrentes da identificação de um desvio de conduta individual e a implantação do sistema de *compliance* entre empresas independentes inseridas em uma mesma cadeia produtiva?

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

Compliance ganhou notoriedade recente e precisa ter tratamento doutrinário conceitual para ser corretamente implantado no ambiente empresarial e ter adequadamente aplicadas as regras de responsabilização diante de eventual descumprimento.

No Brasil há poucas obras escritas com conteúdo relevante, sendo, na maioria, doutrina de direito penal sobre *compliance*, desconsiderando outros aspectos não penais e a função principal desta importante ferramenta da governança corporativa que visa controlar riscos⁶ internos associados à atividade de uma empresa.

5. Fontes e métodos de investigação

As fontes de pesquisa serão a doutrina jurídica estrangeira, os manuais disponibilizados por entidades governamentais e não governamentais, a escassa doutrina nacional relevante produzida, os sistemas internacionais de avaliação de riscos, tais como o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* COSO I e II, análise de sistema de *compliance* implantados nas empresas, metodologia de *fairness* e *stress* testes, eventuais índices de efetividade, casos reais de responsabilidade, fundamentos e exposições de motivos de leis que criaram regras de conduta, após a identificação de atos lesivos em ambientes empresariais, decisões judiciais nacionais e estrangeiras, entrevistas com profissionais da área, que trabalham em empresas que possuem o desafio da implantação do sistema de *compliance* para as empresas independentes presentes em sua cadeia produtiva e estão cotidianamente sujeitas aos riscos oferecidos por terceiros.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

A autora exerce a função de *country compliance officer* em uma empresa multinacional com operação no Brasil que tem por modelo de negócio estabelecer múltiplas parcerias

⁶ Conforme conceito de risco previsto na nota de rodapé 4.

empresariais com organizações de vários portes, desde micro e pequenas empresas, até gigantes da indústria. No seu dia a dia, se vê diante do desafio de desenvolver e implantar o *compliance* na estrutura interna e para as empresas independentes situadas na cadeia produtiva de distribuição.

A familiaridade com o objeto, portanto, é grande, até mesmo porque sempre trabalhou com *compliance* em diversos setores econômicos.

As informações são, na maioria, públicas e disponíveis, além de existir muito conteúdo disponibilizado por instituições privadas não governamentais, como *Society of Corporate Compliance and Ethics* ("SCCE"), o *The FCPA blog*, além dos já mencionados ao longo deste projeto.

Dessa experiência, decorre uma preocupação legítima acerca do adequado entendimento do que seja *compliance*, da forma massificada (ou, até mesmo, equivocada) como tem ocorrido sua implantação e as consequências disso na responsabilização das empresas e dos seus executivos por atos próprios e por atos de empresas terceiras. Especialmente após o julgamento da ação penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal que acabou por aplicar de forma equivocada o conceito de *compliance* e a responsabilidade decorrente para o gerente de *compliance*. Razões que demandam esforço de pesquisa para melhor desenvolvimento do assunto no país.

7. Indicação de literatura especializada e obras de referência

ABRANTES-METZ, Rosa M. and BAJARI, Patrick and MURPHY, Joe. *Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust* (July 26, 2010). Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1648948> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1648948>

ABRANTES-METZ, Rosa M. and SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance* (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2246564>

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Introducción a la autorregulación*. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

ASHENFELTER, Orley and HECKMAN, James J.. *Measuring the Effect of an Anti-Discrimination Program* (August 1974). NBER Working Paper No. w0050. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=259361>

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACKER, Larry Catá. *From Moral Obligation to International Law: Disclosure Systems, Markets and the Regulation of Multinational Corporations*. Georgetown Journal of International Law, Vol. 39, 2008. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1112882>

BAER, Miriam H. *Governing Corporate Compliance* (September 16, 2009). Boston College Law Review, Vol. 50, No. 1, 2009; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 166. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1474291>

BOEHME, Donna and MURPHY, Joe. *Fear No Evil: A Compliance and Ethics Professionals' Response to Dr. Stephan* (November 28, 2011). Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1965733> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1965733>

CLAYTON, Mona. *Entendendo os desafios de Compliance no Brasil – um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance Anticorrupção em um país emergente*. In Temas de anticorrupção & compliance. Coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda e Carlos Henrique da Silva Ayres – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

COCKCROFT, Laurence. *Global corruption – Money, power and ethics in the modern world*. Londres: I.B. Tauris, 2012.

COSTA, Andrew and HALPERN, Jonathan. *The U.K. Bribery Act and the globalization of corporate compliance*. Disponível em: <http://www.mainjustice.com/justanticorruption/2011/06/03/the-u-k-bribery-act-and-the-globalization=of-corporate-compliance/>.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. In Temas de anticorrupção e compliance. Coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da Apn 470*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais 2014. RBCCrim 106

CUNNINGHAM, Lawrence A.. *The Appeal and Limits of Internal Controls to Fight Fraud, Terrorism, Other Ills*. Journal of Corporation Law, Vol. 29, pp. 267-336, Winter 2004. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=444600> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.444600>

ENGLE, Eric. *I get by with a little help from my friends? Understanding the U.K. Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention and Foreign Corrupt Practices Act*. The International Lawyer, American Bar Association, v. 44. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1702470>

FCPA Compliance & Ethics. *Measuring the Effectiveness of a Compliance Program*. <http://fcpacompliancereport.com/2017/04/measuring-the-effectiveness-of-a-compliance-program/>

FOX, Thomas and RYBERG, Jon. *Global Anti-Corruption & Anti-Bribery Leadership*. Kindle Edition, 2013.

Guia do Departamento de Justiça Americano: FCPA – A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa

HESS, David. *Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence* (December 3, 2015). New York University Journal of Law and Business, Forthcoming; Ross School of Business Paper No. 1293. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2698820>

KAPTEIN, Muel. *The Effectiveness of Ethics Programs: The Role of Scope, Composition and Sequence* (July 9, 2014). Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2464004> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2464004>

LAUFER, William. *Illusions of compliance and governance*. Corporate Governance v.6, n.3, 2006.

MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MALETS, Olga. *The Effectiveness of Transnational Non-State Governance: The Role of Domestic Regulations and Compliance Assessment in Practice* (September 24, 2013). MEA Discussion Paper No. 13/12. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2384509> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2384509>

MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, 2010*. Disponível em: <www.justice.gov.uk/guidance/bribery.Hmt>

NIELSEN, Vibeke Lehmann and PARKER, Christine. *Do Corporate Compliance Programs Influence Compliance?* (September 1, 2006). Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=930238>

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance*. Revista da Faculdade de Direito da USP, n. 108, 2013.

_____. *O sentido normativo dos programas de compliance na AP nº 470/MG*. Revista dos Tribunais, nº 933, 2013.

SOKOL, D. Daniel. *Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement* (June 6, 2012). *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2079336>

STEPHAN, Andreas. *Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels* (July 10, 2009). ESRC CCP Working Paper No. 09-09 . Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1432340> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1432340>

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *The 2012 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Acessível: <https://www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2012-federal-sentencing-guidelines-manual>

WONG, Sow Wei. *A Culture, Not a Programme* (January 4, 2010). *International Financial Law Review*, December 2009. Acessível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1531445>

8. Sumário preliminar

Introdução.

1. *Compliance* .

1.1 Estrutura interna do sistema de *compliance*.

1.2 Riscos oferecidos por empresas terceiras inseridas em uma cadeia produtiva.

1.3 Estrutura externa: aplicação para empresas terceiras inseridas na cadeia produtiva.

2. Critérios para considerar efetiva a implantação do *compliance*.

3. Legislação brasileira sobre responsabilidade por terceiros por descumprimento de regras de *compliance*.

3.1. Lei nº 12.846 de 1.8.2013 e Decreto nº 8.420 de 18.3.2015.

3.2. Critérios para mensurar a efetiva implantação do sistema de *compliance*.

3.3. Consequências decorrentes do descumprimento das regras de *compliance* por empresas inseridas em uma mesma cadeia produtiva.

3.3.1. Falta de efetividade da implantação do sistema de *compliance* para empresas terceiras.

3.3.2. Efetiva implantação do sistema de *compliance* e descumprimento unilateral por uma empresa terceira.

4. Conclusão e recomendações práticas

