



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 180-181, ago. 2020/jul. 2021

RDM 180/181

Doutrina e Atualidades:

1 - "Infraestruturas de Mercado Financeiro em registro distribuído: uma abordagem institucional das atividades de Depositário Central e de Sistemas de Liquidação" (autoras: Juliana Facklmann, Paloma Alvares Sevilha, Camila Villard Duran)

2 - "O Movimento de Ascensão do Compliance Anticorrupção a partir da Promulgação do Foreign Corrupt Practices Act" (autora: Gabriela Forti Pimentel Teixeira)

3 - "Análise de monopólios na jurisprudência do CADE sob a Lei 12.529/11: Um campo a descobrir?" (autor: Gustavo Manicardi Schneider)

4 - "A diversidade de gênero na alta administração: Tokenismo, Conexões Pessoais e Diretoras de Enfeite" (autora: Thais Calixto de Abreu)

5 - "Incorporações de Instituições Financeiras e Regulação: Encontros e Desencontros entre os Regimes Societário, Tributário e Contábil" (autor: Yann Santos Teixeira)

6 - "A Mitigação do Aproveitamento Parasitário de Marcas à Luz do Emprego de Expressões de Uso Comum: Uma Breve Análise Jurisprudencial" (autora: Karina Cesana Shafferman)

7 - "Cláusula Take or Pay: Uma Análise Jurisprudencial de Aplicabilidade no Direito Brasileiro" (autoras: Batya Tabacnik, Laura Ustulim, Roberta Villela)

8 - "Regulamentação de Criptoativos: Óbice ao Progresso ou Intervenção Dispensável" (autora: Giulia Feitoza Germano)

9 - "A Vedação à Purga da Mora nos Contratos de Alienação Fiduciária Em Garantia Regidas Pelo Decreto-Lei 911/69 e a Eficiência Econômica" (autor: Andrey Franciso de Campos)

10 - "A Lei n. 14.195/2021 e a Extinção da EIRELI" (autor: João Victor Bonini Kehdi)

ISBN 978-65-6006-058-6



9 786560 060586 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

180/181

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LIX (Nova Série)
Agosto 2020/Julho 2021

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LIX – ns. 180/181 – ago. 2020/jul. 2021

FUNDADORES

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA
FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA
e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA
FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE
MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA
GARCÍA, RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE
BARROS LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI,
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO
AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, PAULO FERNANDO
CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA
FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA,
ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI,
VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS,
MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA, DANIEL FERMANN,
HELOISA DE SENA MUNIZ CAMPOS, ISABELLA PETROF MIGUEL,
LARA ABOUD, LARISSA FONSECA MACIEL, LUMA LUZ, MARIA
EDUARDA DA MATTA RIBEIRO LESSA, MATEUS RODRIGUES
BATISTA, PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA, RAFAELA VIDAL CODOGNO,
VICTORIA ROCHA PEREIRA E VIRGILIO MAFFINI GOMES,

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da
Editora Expert LTDA
Rua Carlos Pinto Coelho,
CEP 30664790
Minas Gerais, BH – Brasil
Diretores: Luciana de Castro Bastos
Daniel Carvalho

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Daniel Carvalho

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Andrey Francisco de Campos, Batya lampolsky Tabacnik, Camila Villard Duran, Gabriela Forti Pimentel Teixeira, Giulia Feitoza Germano, Gustavo Manicardi Schneider, João Victor Bonini Kehdi, Juliana Facklmann, Karina Cesana Shafferman, Laura Ustulim, Paloma Alvares Sevilha, Roberta Tedeschi Villela Esteves, Thais Calixto de Abreu, Yann Santos Teixeira

ISBN: 978-65-6006-058-6

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

AUTORES

Juliana Facklmann

Professora do Insper e Advisor do Mercado Bitcoin /2TM. Ex-Diretora Global (Latam e Europa) de Regulação e Design de Produtos do Grupo 2TM. Painelista e palestrante sobre cripto e regulação financeira. Mentora do Next da Fenabac. Coordenadora da frente de DeFi e Criptoativos do LAB Inovação Financeira. Mestre e Bacharel em Direito pela USP. Mais de 20 anos de experiência em regulação do mercado financeiro e de capitais, em infraestruturas de mercado financeiro (IMF), em inovação e em criptoativos, com passagens por Pinheiro Neto Advogados, Citibank, Cetip, B3 e FGC.

Paloma Alvares Sevilha

Bacharel em Economia pelo Mackenzie e Master em Economia pela FGV. Com 15 anos de experiência, atuou em grandes infraestruturas de mercado como Cetip, BMF&Bovespa e CIP, bem como na Anbima, coordenando Comitês e Grupos Técnicos. Nos últimos 4 anos, dedicou-se à implementação de infraestruturas de mercado em blockchain, tendo atuado na Bitrust e na BEE4, onde atualmente ocupa a posição de Diretora de Produtos e IMF. É membro do GT Fintech da CVM desde 2018, das Comissões de Serviços Financeiros de Blockchain da ABNT, de grupos sobre ativos digitais da International Organization for Standardization (ISO), e da Digital Currency Global Initiative (ITU e Stanford).

Camila Villard Duran

Professora associada em direito da ESSCA School of Management, na França, e advogada especializada em direito econômico, regulação do mercado financeiro, da moeda e da crypto economia. É membro do subgrupo de Inovação e Soluções de Mercado do GT Fintech do LAB Inovação Financeira. Livre docente em economia internacional pelo Instituto de Relações Internacionais da USP. Doutora em direito com

dupla titulação de tese pela USP e pela Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre e graduada em direito pela USP. Foi pesquisadora pós-doutora pelo programa Oxford-Princeton Global Leaders.

Gabriela Forti Pimentel Teixeira

Mestre em Direito Societário pela Universidade de Cambridge, Reino Unido (2023). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) (2020), com período de mobilidade acadêmica no Institut des Sciences Politiques (Sciences Po) de Paris (2017) e dupla diplomação em direito pela Université Lumière Lyon II (2022). E-mail: gfpt2@cantab.ac.uk.

Gustavo Manicardi Schneider

Gustavo é Diretor de Estratégia no Instituto de Direito Global, advogado no PGLaw e mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP (FDUSP). É também bacharel em Direito pela FDUSP (2021) e coordenador do Grupo Direito e Pobreza e do Centro de Estudos Legais Asiáticos, ambos da FDUSP.

Thais Calixto de Abreu

Graduada em direito pela Universidade de São Paulo. Advogada nas áreas de direito societário e mercado de capitais em São Paulo. Coordenadora de Pesquisa do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Yann Santos Teixeira

Mestre em Teoria do Direito pela New York University School of Law. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, com formação complementada por graduação sanduíche na Justus-Liebig Universität Gießen. Graduando em Filosofia pela Universidade de Brasília. Consultor e Advogado.

Karina Cesana Shafferman

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Aluna do curso de *Licence en Droit* pela *Université Jean Moulin Lyon 3*.

Batya Iampolsky Tabacnik

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo, fundadora do núcleo de estudos Debt Advisory & Distressed Deals (USP). Estagiária de Societário e Reestruturação no Padis Mattar Advogados.

Laura Ustulim

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo, com dupla diplomação pelo programa PITES, em parceria com a *Université Lumière Lyon 2*, e aprofundamento de estudos na França, por um período de um ano. Pesquisadora bolsista pela FAPESP, com foco no Legalismo Autoritário e no direito de Liberdade de Expressão.

Roberta Tedeschi Villela Esteves

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo, com dupla diplomação pelo programa PITES, em parceria com a *Université Jean Moulin Lyon 3*, e aprofundamento de estudos na França, pelo primeiro semestre de 2023. Estagiária de Fusões & Aquisições no Pinheiro Neto Advogados.

Giulia Feitoza Germano

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Estagiária em plataforma de negociação de valores mobiliários tokenizados com direito societário e mercado de capitais.

Andrey Francisco de Campos

Pós-graduado em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos (UNIFIO). Advogado.

João Victor Bonini Kehdi

Graduando em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Formado no Colégio Visconde de Porto Seguro. Estagiário de M&A e Mercado de Capitais no Banco Safra.

SUMÁRIO

Infraestruturas de Mercado Financeiro em registro distribuído: uma abordagem institucional das atividades de Depositário Central e de Sistemas de Liquidação 15

Juliana Facklmann, Paloma Alvares Sevilha, Camila Villard Duran

O Movimento de Ascensão do Compliance Anticorrupção a partir da Promulgação do Foreign Corrupt Practices Act 63

Gabriela Forti Pimentel Teixeira

Análise de monopônios na jurisprudência do CADE sob a Lei 12.529/11: Um campo a descobrir? 105

Gustavo Manicardi Schneider

A diversidade de gênero na alta administração: tokenismo, conexões pessoais e diretoras de enfeite 161

Thais Calixto de Abreu

Incorporações de instituições financeiras e regulação: encontros e desencontros entre os regimes societário, tributário e contábil 213

Yann Santos Teixeira

A mitigação do aproveitamento parasitário de marcas à luz do emprego de expressões de uso comum: uma breve análise jurisprudencial... 285

Karina Cesana Shafferman

Cláusula Take or Pay: Uma análise jurisprudencial de aplicabilidade no Direito Brasileiro 311

Batya Tabacnik, Laura Ustulim, Roberta Villela, Giulia Feitoza Germano

A vedação à purga da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidas pelo Decreto-Lei 911/69 e a eficiência econômica.. 367

Andrey Francisco de Campos

A Lei n. 14.195/2021 e a Extinção da EIRELI..... 403

João Victor Bonini Kehdi

O MOVIMENTO DE ASCENSÃO DO COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DO FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

*Gabriela Forti Pimentel Teixeira
(University of Cambridge, Inglaterra)*

Resumo: Nos últimos 20 anos, os programas de compliance anticorrupção tornaram-se elementos centrais na atuação de grandes empresas e em importantes leis que tratam da criminalização e da prevenção à corrupção. O incentivo à adoção de programas de conformidade anticorrupção teve seu pontapé inicial na promulgação do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) pelos Estados Unidos, mas se desenvolveu de forma mais clara e objetiva em leis posteriores, diretamente influenciadas pela lei norte-americana, que trataram mais detalhadamente da obrigação das empresas visadas pelas leis de implementarem esses programas. Não só, para além do texto legal, foi a aplicação do FCPA que fortaleceu o instrumento ao longo dos anos, em paralelo ao desenvolvimento teórico dos campos de estudo da ética corporativa e da economia comportamental, que contribuíram com o suporte teórico para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da matéria. Este artigo explora as origens dos programas de compliance anticorrupção entre seus fundamentos teóricos e práticos, analisando-as e investigando as consequências do seu uso, em especial na aplicação do FCPA. Para tal, será empregado o método histórico de análise para identificação do contexto histórico, político e econômico em que tal movimento de ascensão do compliance anticorrupção aconteceu.

Palavras-chave: Corrupção, Compliance, FCPA, Governança Corporativa, Ética Corporativa.

Abstract: Over the past 20 years, anti-corruption compliance programs have become central elements in the activities of large companies and in important legislation dealing with criminalization and the prevention of corruption. The incentive to adopt anti-corruption

compliance programs started with the United States' enactment of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), but it developed more clearly and objectively in later laws, directly influenced by the FCPA, which specifically dealt with the obligation of the companies targeted by the law to adopt these programs. Not only, the application of the FCPA has strengthened the instrument over the years, in parallel with the theoretical development of the fields of study of corporate ethics and behavioral economics, which contributed with theoretical support for the development and improvement of the subject. This article explores the origins of anti-corruption compliance programs among their theoretical and practical foundations, analyzing them and investigating the consequences of their use, especially in the application of the FCPA. To this end, the historical method of analysis will be used to identify the historical, political and economic context in which this movement towards the rise of anti-corruption compliance took place.

Key words: Corruption, Compliance, FCPA, Corporate Governance, Business Ethics.

INTRODUÇÃO

Se antes a corrupção chegou a ser vista como um custo necessário para a prática comercial³⁸, ou até mesmo um caminho necessário ao desenvolvimento³⁹, hoje ela é veementemente repudiada, tendo sido considerada como o maior entrave ao desenvolvimento econômico e social no mundo pelas Nações Unidas⁴⁰.

38 GATHII, James T. Defining the Relationship between Corruption and Human Rights. **Journal of International Law**, v. 31, n. 125, Albany Law School Research Paper, n. 33/2009, 2009, p. 134.

39 HUNTINGTON, Samuel P. **Political Order in Changing Societies**. New Haven/London: Yale University Press, 1968, p. 69.

40 Segundo relatório desenvolvido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime com Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento em 2015, anualmente, 1 trilhão de dólares são gastos em subornos enquanto cerca de 2,6 trilhões de dólares são desviados pela corrupção, o que correspondia à 5% do PIB mundial à época, cf. ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Corrupção**

Neste cenário e diante dos muitos escândalos envolvendo grandes companhias, o setor privado foi pressionado para que cumprisse com maior rigor as leis, o que foi feito por meio da adoção de programas de ética e prevenção⁴¹, chamados de programas de compliance. O vernáculo, incorporado à língua portuguesa, vem do verbo “to comply” que significa cumprir, agir conforme, ou obedecer⁴². Na prática os programas de compliance tornaram-se muito mais do que um instrumento para apenas agir ou obedecer a lei. Tais programas têm como objetivo identificar riscos, mitigá-los, prevenir condutas indesejadas e identificar quando elas ocorrem, remediando e tomando as providências necessárias. Não basta apenas fazer um código de conduta para se adequar à letra da lei, é necessário fiscalizá-lo, disseminá-lo e implementá-lo diariamente, promovendo uma cultura de ética e integridade.

Desde que o uso dos programas de compliance passou a ser incentivado por leis e normativas internacionais, tornando-se prática comum nas empresas, vultuosa soma de recursos passou a ser destinada para a sua condução. O banco francês BNP Paribas, por exemplo, aumentou a sua equipe de compliance em 40% em cinco anos⁴³, enquanto o HSBC dobrou o seu investimento direto em compliance em um ano, de 2013 para 2014⁴⁴.

e Desenvolvimento. [2013]. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf> Acesso em 13 out. 2023.

41 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. The United Nations Convention against Corruption, on the level: business and governments against corruption. Fact Sheet. [s.d]. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/Toolkit_of_Private_Sector_Outreach_Materials/4_Factsheet_-_An_Anti-Corruption_Ethics_and_Compliance_Programme.pdf> Último acesso em 4 out. 2023.

42 Comply. In: DICIONÁRIO DE CAMBRIDGE. United Kingdom: Cambridge University Press, [s.d]. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/comply>> Último acesso em 14 set. 2023.

43 MURRAY, Seb. MBA Careers: Compliance Staff Soar as Banks Count Cost of Regulation. **Business Because**. Publicado em 22 mar. 2015. Disponível em <<https://www.businessbecause.com/news/mba-jobs/3174/mba-careers-compliance-staff-soar-at-banks>> Último acesso em 15 set. 2023.

44 Ibidem.

No Brasil, o incentivo a adoção de programas de compliance pode ser visto tanto no Decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, quanto na Lei n. 12.846 de 1 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), assim como em normas infra legais, como a Instrução CVM 558 de 2015, tendo ganhado especial relevo em acordos de leniência celebrados por empresas com o Ministério Público Federal, a Controladoria Geral da União e a Advocacia Geral da União.

Interessante notar, neste sentido, que o pontapé inicial para a mudança de postura internacional em relação à corrupção, que foi de tolerada à repudiada, foi também o pontapé para a disseminação do uso de programas de compliance. Tudo tem origem no escândalo de Watergate, que revelou que empresas norte-americanas haviam financiado ilegalmente a reeleição do presidente, e eram acobertadas pelas autoridades americanas ao subornarem autoridades estrangeiras, culminando no afastamento do presidente Richard Nixon.

Foi Watergate, somado a todas as circunstâncias políticas e econômicas dos Estados Unidos no final da década de setenta, que levou o país a promulgar o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) em 1977, reconfigurando o combate à corrupção no mundo⁴⁵. E foi o FCPA que influenciou outras leis e normativas internacionais a promoverem a adoção de programas de compliance. Tal influência adveio tanto do uso do seu texto legal como modelo, que já mencionava os “controles internos”, como do destaque dado ao longo dos anos aos programas pelas autoridades competentes ao aplicarem o FCPA.

O FCPA possui aplicação extraterritorial ampla, razão pela qual tanto empresas norte-americanas quanto estrangeiras estão sujeitas à sua aplicação, que coíbe a prática de quaisquer atos corruptos em outros Estados, garantindo à Securities and Exchange Commission (SEC) e ao Department of Justice (DOJ) a legitimidade para investigar

45 PIMENTA, Raquel de M. **A Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020. p. 15.

e punir tais empresas e seus colaboradores⁴⁶. Atualmente é possível constatar não só um aumento dos atores internacionais voltados ao combate à corrupção, mas também o aumento de suas iniciativas. O próprio FCPA encontra hoje um recorde no número de investigações e acordos celebrados, tendo a sua aplicação chegado a um patamar nunca antes experimentado⁴⁷.

Ainda que que largamente utilizados no Brasil, nota-se que, diferentemente do contexto norte-americano, há pouca literatura sobre o desenvolvimento dos programas de compliance no âmbito do direito comercial. Por tal razão e com vistas a preencher essa lacuna, este trabalho retoma a história do desenvolvimento dos programas de compliance anticorrupção no mundo, buscando identificar de onde eles surgiram e o que contribuiu para que o instrumento se disseminasse com tanto vigor nos últimos vinte anos. Para isso,

46 O FCPA se aplica a (i) emissores, entendidos como todos aqueles têm valores mobiliários registrados de acordo com a seção 12 do Securities Exchange Act de 1933, ou que são obrigados a protocolar relatórios periódicos perante a SEC de acordo com a seção 15 (d) da mesma lei, (ii) empreendimentos nacionais, entendidos como companhias, sociedades ou quaisquer outras estruturas regidas sob as leis dos Estados Unidos e a todos os cidadãos norte-americanos, e (iii) a todos aqueles que não são norte-americanos, pessoas físicas ou jurídicas, e não são emissores segundo a definição acima, mas que venham a fazer uso dos correios ou de qualquer outro organismo governamental de comércio interestadual para, de forma corrupta, promover oferta, pagamento ou promessa de pagamento para qualquer dirigente estrangeiro ou partido político com o objetivo de influenciar qualquer ato ou decisão ou induzi-lo a deixar de praticar qualquer ação em violação à sua obrigação legal. Cf. UNITED STATES. Foreign Corrupt Practices Act 1997. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>> Último acesso em 14 set. 2023. Para críticas sobre a abordagem e extensão da aplicação do FCPA para empresas e pessoas não diretamente ligadas ao país ver, por exemplo, FORBES, Evan. Extraterritorial Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act: Asserting US Interest of Foreign Intrusion? **Southern California Law Review**, v. 93., p. 109-196, abr. 2020. Sobre os efeitos geopolíticos e críticas da abordagem, ver DAVIS, Kevin E., Why Does the UNITED STATES. Regulate Foreign Bribery: Moralism, Self-Interest, or Altruism? **Social Science Research Network**, sn. 2012 e DAVIS, Kevin E. **Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2019.

47 De 1977 a 1990 foram registradas 29 (vinte e nove) *enforcement actions*, enquanto apenas no ano de 2016 foram registradas 30 (trinta), de acordo com os dados de STANFORD LAW SCHOOL, **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse – Heat Maps**. Estados Unidos: Stanford Law School. Disponível em <<http://fcpa.stanford.edu/>> Último acesso em 15 set. 2023.

identifica as causas que, de forma concomitante e complementar, atuaram para alçar os programas a tamanho destaque.

Neste ponto cabe dizer que ainda que a menção aos controles internos/programas de compliance em leis e normativas internacionais seja apontada como principal fator para a ascensão dos programas, este trabalho defende que não foi o único. Em que pese a importância do incentivo legal, este artigo investiga e defende que foi a aplicação do FCPA que alçou os programas de compliance à posição de destaque que eles ocupam hoje. Atualmente, a mera ausência de um programa efetivo de compliance pode ensejar uma condenação, mesmo que nenhum caso concreto de corrupção seja identificado. De outro lado, a existência de um programa efetivo pode isentar uma companhia de responsabilidade, ainda que tenha ocorrido um caso de corrupção que se enquadre nas hipóteses do FCPA. Ou seja, a existência de um bom programa de compliance é fator primordial para que as companhias possam evitar a aplicação das multas multimilionárias impostas pela SEC e o DOJ na aplicação do FCPA.

Aliado ao desenvolvimento prático, houve também avanços no campo teórico que corroboraram e chancelaram os programas de compliance nas últimas décadas. O desenvolvimento dos campos de estudo da ética corporativa e da economia comportamental contribuíram para dar o suporte teórico necessário para que os programas fossem reconhecidos como capazes de mudar a cultura empresarial e prevenir a ocorrência de ilícitos, patrocinando e justificando o seu uso.

Diante do exposto, este trabalho se divide em três partes. Para fins metodológicos, divide-se as causas de fortalecimento dos programas de compliance entre práticas e teóricas. A primeira parte investiga aquele que seria o primeiro fundamento prático da ascensão do compliance anticorrupção, naquilo que foi denominado de “movimento legislativo”, em que as leis e convenções que incentivaram a adoção destes programas são identificadas. A segunda parte investiga o movimento a partir de um segundo aspecto prático, na aplicação do FCPA. Por fim, a terceira e última parte investiga o fundamento

teórico que deu suporte para a evolução do instituto. Ainda que metodologicamente a divisão nos pareça acertada, cabe destacar que estas três frentes não devem ser enxergadas de forma estanque. Por tal razão, nos parece acertado chamar de “movimento” os processos pelos quais o instrumento foi desenvolvido, aperfeiçoado e incentivado. Destacando, assim, que os referidos processos ocorreram de forma dinâmica e simultânea, se complementando, sobrepondo e reforçando um ao outro, tal como estudo sugere.

Cabe tratar, por fim, da escolha deste trabalho de chamar os programas aqui mencionados de programas de compliance e não programas de ética, integridade ou conformidade. Embora o termo possa ser traduzido sem prejuízo ao seu significado por conformidade, o conceito se disseminou no Brasil por meio do uso da palavra em língua originalmente estrangeira, usada para nomear os programas e políticas das empresas, interna e externamente. Por essa razão, será adotado o termo compliance, mesmo reconhecendo a própria limitação do seu significado. Isto pois, os programas aqui estudados e incentivados pelas leis tratadas vão muito além do que seriam uma mera conformidade com a lei, razão pela qual é possível alegar que o próprio termo seja inadequado, ao não tratar da amplitude do seu significado atribuído atualmente, de programas que se propõem a ser muito mais amplos do que uma simples adequação, mas que devem ser atualizados em melhorados constantemente, para além da previsão da letra da lei. Neste sentido, programas de compliance serão entendidos neste trabalho de forma ampla, englobando todas as medidas que uma empresa pode adotar em seu programa, desde a adoção de um código de ética, passando pela realização de treinamentos constantes, construção de um sistema de controle interno de vigilância e monitoramento até a mudança de estruturas e procedimentos de comunicação, contratação e tomadas de decisão internas.

1. FUNDAMENTO PRÁTICO: O MOVIMENTO LEGISLATIVO

1.1 WATERGATE E O FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

O movimento de ascensão do compliance anticorrupção tem fundamento tanto teórico quanto prático. O fundamento prático pode ser notado nas principais leis que fizeram uso do compliance como instrumento de prevenção à corrupção. A principal delas foi o FCPA promulgado em 1977, por meio da qual os Estados Unidos lideraram o movimento de criminalização da corrupção transnacional. São muitas as nuances que inspiraram o Congresso norte-americano a adotar uma lei extremamente rigorosa e cuja aplicação se tornaria paradigmática nas décadas subsequentes. Dentre elas é possível identificar ao menos 3 (três) principais motivos pelos quais os Estados Unidos promulgaram o FCPA, quais sejam: (i) a preocupação com o impacto dos escândalos de corrupção para a sua política externa, em especial devido ao contexto da Guerra Fria; (ii) a chamada “moralidade pós Watergate”; e (iii) as preocupações de natureza econômica.

A mola propulsora do debate sobre a corrupção transnacional nos Estados Unidos foi o escândalo de Watergate, contudo, a sua ligação com a corrupção transnacional em si não é tão evidente quanto parece. Para a sua compreensão, faz-se necessário analisar brevemente o governo Nixon e, principalmente, a Guerra do Vietnã que ocorria à época.

No início da década de 70 a supremacia norte-americana começava a ser abalada, o país experimentava recessão econômica e inflação, em parte causadas pela Guerra do Vietnã e pela crise do petróleo⁴⁸. Não só, ante as constantes derrotas norte-americanas na guerra, o movimento de oposição a ela também ganhava força. Tomado

48 BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate corruption in the UNITED STATES OF AMERICA and Germany, 1972-2012. **German Historical Institute**, v. 53, p. 7-30, 2013, p. 7. Disponível em <<https://perspectivia.net/publikationen/bulletin-washington/2013-53-2/0007-0030>> Último acesso em 13 set. 2023.

pelas suspeitas cada vez maiores de que haveria uma conspiração contra o seu governo, Nixon intensificou a perseguição aos seus opositores, inclusive por meio do uso ilegal dos serviços de inteligência norte-americanos. Em 17 de junho de 1972 a base do Comitê do Partido Nacional Democrata, localizada no complexo de prédios de Watergate em Washington, foi invadida por pessoas associadas ao comitê de reeleição de Nixon, disfarçadas de encanadores, para a instalação de aparelhos de espionagem⁴⁹. Assim, o presidente passou a ser investigado e chantageado pelos invasores presos, demonstrando que a sua ambição em combater o movimento de oposição à guerra foi levado às últimas consequências, o que lhe custaria o segundo mandato e levaria os Estados Unidos a uma crise constitucional⁵⁰.

Diante das suspeitas de que o presidente estaria envolvido na invasão, instaurou-se um comitê especial no Congresso para a investigação do caso, em paralelo à investigação capitaneada pelo promotor designado ao caso. Durante as suas investigações, foi encontrada com a secretária pessoal de Nixon uma lista de empresas que teriam feito pagamentos ilegais para a sua campanha⁵¹, o que atrairia então as suspeitas dos investigadores e da sociedade norte-americana sobre as contribuições ilegais feitas por empresas à campanha de reeleição do então presidente.

Dentre as empresas que tinham dado contribuições à campanha do presidente estavam grandes empresas norte-americanas, tais como a 3M, a American Airlines e a Goodyear⁵². Os pagamentos eram feitos por meio do uso de empresas *off shore*, que tinham como propósito

49 Ibidem, p. 8.

50 Cf. GRIFFIN, Stephen M. Watergate and Vietnam: The Cold War Origins of a Constitutional Crisis, **Chapman Law Review**, v. 16, 2012-2013, n. 12-11, p. 1-14, 2012.

51 GWIRTZMAN, Milton S. Is Bribery Defensible? **The New York Times**, 5 oct. 1975, p. 245. Disponível em <<https://www.nytimes.com/1975/10/05/archives/is-bribery-defensible-bribery.html>> Último acesso em 13 set. 2023.

52 BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate corruption in the UNITED STATES OF AMERICA and Germany, 1972-2012. **German Historical Institute**, v. 53, p. 7-30, 2013, p.9. Disponível em <<https://perspectivia.net/publikationen/bulletin-washington/2013-53-2/0007-0030>> Último acesso em 13 set. 2023.

em sua constituição cometer este tipo de ilegalidade. As investigações chamaram a atenção da SEC do ponto de vista da obrigação do *disclosure*, uma vez que o órgão questionou se os pagamentos eram registrados na contabilidade das companhias e, conseqüentemente, se os acionistas das referidas companhias tinham conhecimento da realização desses pagamentos⁵³.

Preocupada com a transparência no mercado de capitais, a SEC iniciou uma investigação para averiguar se outras empresas usariam da mesma estratégia para efetuar pagamentos ilegais. A partir de um programa em que as companhias podiam voluntariamente se reportar, a SEC identificou que mais de 400 empresas norte-americanas estavam envolvidas com esquemas de corrupção de mesma natureza⁵⁴, dentre elas as empresas líderes do mercado americano e símbolo do sucesso

53 Ibidem, p. 10.

54 SHENKAR, Oded; LUO, Yadong, **International Business**, 2 ed. UNITED STATES OF AMERICA: Sage Publications, 2008, p. 527.

econômico do país, tais como Lockheed Group, Gulf Oil International⁵⁵, Northrop Corporation⁵⁶, Mobil Oil⁵⁷ e United Brands⁵⁸.

O caso Lockheed Group, empresa do mercado de venda de caças e aviões de guerra, foi talvez o mais chocante para a sociedade norte-americana, uma vez que a empresa recebeu 250 milhões de dólares do governo federal em 1971 para evitar a sua falência. Consequentemente, causou enorme revolta aos norte-americanos notar que as verbas federais, obtidas por meio do pagamento de impostos, foram usadas para comprar influência política nos países

55 Gulf Oil foi responsável pelo pagamento de 3 milhões de dólares para o partido DRPRK da Coreia do Sul, que à época era o partido do governo do país, e pelo suborno de um dos candidatos à presidência da Bolívia. Cf: UNITED STATES SENATE. **Multinational Corporations and United States Foreign Policy: Hearings before de Subcommittee on Multinational Corporations of the Committee on Foreign Relations.** 1st session: Political Contributions to Foreign Payrnents. Testemunho de B. R. Dorsey, membro da diretoria da Gulf Oil Corp. Washington: U.S Government Printing Office, 1974, p. 13.

56 Northrop, admitiu ter feito doações para a campanha de reeleição de Nixon e ter pago propinas na Indonésia e na Arabia Saudita. Cf: UNITED STATES SENATE. **Multinational Corporations and United States Foreign Policy: hearings before de subcommittee on multinational corporations of the committee on foreign relations.** 1st session: Political Contributions to Foreign Payrnents. Testemunho de B. R. Dorsey, membro da diretoria da Gulf Oil Corp. Washington: U.S Government Printing Office, 1974, p. 113.

57 Mobil Oil, se envolveu em um caso de corrupção na Itália que posteriormente passou a ser usado nas propagandas comunistas, em grave prejuízo à política externa norte-americana. O caso em questão diz respeito aos pagamentos feitos pela Mobil Oil Italia para a maioria dos partidos não comunistas do país. Ainda, as contribuições tinham o objetivo de beneficiar a Mobil Oil no setor petrolífero do país. Apesar das suspeitas de que as contribuições estariam vinculadas a atividade legislativa do parlamento italiano, o vice-presidente executivo da Mobil Oil International, Everett Checket, negou tal relação em seu depoimento para o subcomitê em 17 de julho de 1975 e afirmou que a finalidade dos pagamentos era “apoiar o processo de democratização da Italia”. Para mais detalhes do caso, consultar: UNITED STATES SENATE. . **Multinational Corporations and United States Foreign Policy: hearings before de subcommittee on multinational corporations of the committee on foreign relations.** 1st session: Political Contributions to Foreign Payrnents. Testemunho de B. R. Dorsey, membro da diretoria da Gulf Oil Corp. Washington: U.S Government Printing Office, 1974, p. 318-325.

58 O caso da United Brands teve como desdobramento o suicídio do seu CEO, que se atirou da janela do seu escritório em Nova Iorque, esteve relacionado ao pagamento de propina ao presidente de Honduras e a oficiais italianos, relacionados à importação dos seus produtos e a redução das alíquotas aplicadas em benefício da empresa.

do chamado “terceiro mundo”. Não só, os esquemas de corrupção da empresa tiveram grande impacto internacional, pois desestabilizaram importantes aliados dos Estados Unidos e financiaram alguns dos seus opositores. Posteriormente foi descoberto que a empresa adotava a prática de subornar políticos estrangeiros desde 1950 de forma sistemática, envolvendo os mais diversos países como Irã, Arábia Saudita, Indonésia, Filipinas, Suécia, México, Turquia e Alemanha. Em alguns deles a repercussão foi tamanha que provocou crises internas profundas, como nos Países Baixos, onde envolveu diretamente o Príncipe Bernhard, que só conseguiu escapar das acusações do Senado quando a Rainha Juliana ameaçou abdicar, e no Japão, onde os escândalos levaram à prisão do primeiro ministro em 1973⁵⁹.

Os escândalos foram usados como propaganda antiamericana no contexto da Guerra Fria, preocupando os senadores⁶⁰ sobre o seu impacto sobre a política externa norte-americana. Pressionado, o Congresso não teve outra opção que não investigar a fundo o que se passava no comércio internacional e dar uma resposta legislativa a altura. Se Watergate à primeira vista parece um escândalo de corrupção interna, tão logo ele trouxe à baila denúncias graves sobre esquemas de corrupção transnacional.

59 Neste sentido, ver: WITKIN, Richard. Lockheed Deal Would Release U.S. From Big Loan Guarantee. **The New York Times**. Publicado em 1 jun. 1974, p. 1. Disponível em <<https://www.nytimes.com/1974/06/01/archives/lockheed-deal-would-release-us-from-big-loan-guarantee-lockheed.html>> Último acesso em 21 set. 2013; BERGHOFF, Hartmut. From the Watergate Scandal to the Compliance Revolution: The Fight Against Corporate corruption in the United States and Germany, 1972-2012. **German Historical Institute**, v. 53, p. 7-30, 2013; TOMLINSON, Richard. Prince Bernhard of the Netherlands. **Independent**. Publicado em 3 dec. 2004. Disponível em <<https://www.independent.co.uk/news/obituaries/prince-bernhard-of-the-netherlands-674988.html>> último acesso em 20 set. 2023; e DAHL, Tracy. Lockheed Case. Figure Convicted in Japan. **The Washington Post**. Publicado em 6 nov. 1981. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1981/11/06/lockheed-case-figure-convicted-in-japan/65b4bf5b-2572-445c-895a-d6e5c435331c/?utm_term=.d8ab4fc2510b> Último acesso em 8 out. 2023.

60 Cf: UNITED STATES SENATE. **Multinational Corporations and United States Foreign Policy: hearings before de subcommittee on multinational corporations of the committee on foreign relations**. 1st session: Political Contributions to Foreign Payments. Testemunho de B. R. Dorsey, membro do conselho de administração da Gulf Oil Corp. Washington: U.S Government Printing Office, 1974, p. 1.

Embora a preocupação com a política externa tenha movido o Congresso para agir, ela não foi a única. É possível identificar nas declarações dos senadores uma grande preocupação com a chamada “moralidade pós Watergate”⁶¹ que seria a moralidade que tomou conta da sociedade norte-americana após a divulgação do escândalo de Watergate, em resposta às acusações de que os Estados Unidos propagavam uma moral libertadora e democrática em sua política externa, sem ao menos a adotá-la em sua prática comercial.

Por fim, a preocupação de natureza econômica também não pode ser esquecida. Isto pois, além de prejudicar o livre comércio ao criar graves distorções econômicas, os subornos têm efeito de confisco sobre os lucros das empresas envolvidas e foi, à época, considerado a mais importante barreira não tarifária ao livre comércio⁶². As alterações feitas em 1988 ao FCPA reforçam essa percepção. Elas criaram exceções para “pagamentos facilitadores”, também chamados de pequena corrupção, para que os pagamentos feitos para que um oficial agilizasse o seu trabalho ou cumprisse a sua obrigação de ofício não caíssem no escopo do FCPA⁶³. Da mesma forma, as alterações de 1988 também ampliaram o escopo de aplicação do FCPA para abarcar empresas e cidadãos que não tivessem qualquer vínculo direto com os Estados Unidos, atendendo aos anseios daqueles segundo os quais a lei minaria a competitividade internacional das empresas norte-americanas⁶⁴.

61 Este termo foi cunhado pelo vice-presidente Spiro Agnew, que renunciou do seu cargo sob suspeita de evasão fiscal. O vice-presidente usou o termo para justificar que os atos por ele cometidos era plenamente aceitáveis nos Estados Unidos até o escândalo de Watergate, quando as pessoas foram tomadas pela necessidade de resgate dos valores, o que implicou o fortalecimento dos seus critérios e na condenação feita pela opinião pública dos atos praticados pelo vice presidente.

62 UNITED STATES SENATE. **Protecting the Ability of the United States to Trade Abroad: hearings before the subcommittee on international trade of the committee of finance.** Washington: U.S Government Printing Office, 1975, p. 3.

63 EARLE, Beverley; CAVA, Anita. The Mystery of Declinations, **UC Davis Law Review**, v. 49, 2015, p. 575.

64 Cf. BECK, Paul J.; MAHER, Michael W.; TSCHOEGL, Adrian E. The Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S Export. **Managerial and Decision Economics**, v. 12, n. 4, aug. 1991, p. 195-303.

Após identificado o problema e discutido que as leis de valores mobiliários, tributárias e antitruste não versavam diretamente sobre a corrupção transnacional, as discussões no Congresso norte-americano passaram a tratar sobre qual seria a melhor resposta legislativa a ela. Dentre as opções, duas emergiram: a opção pela abordagem do *disclosure* e a opção pela abordagem da criminalização⁶⁵. Durante junho de 1975 e setembro de 1977, aproximadamente 20 (vinte) propostas legislativas foram encaminhadas ao Congresso para tratar deste problema, cada qual privilegiando uma destas duas abordagens⁶⁶.

Embora as duas abordagens tenham sido contrapostas ante o Congresso, ambas foram combinadas no FCPA como resposta à corrupção transnacional. Segundo o disposto na lei, as obrigações relacionadas ao princípio do *disclosure* dizem respeito às obrigações relacionadas à estrutura de governança corporativa interna das empresas, ao dever de manter livros e registros atualizados e completos e de implementar um sistema de controle interno de prestação de contas. Não só, os emissores⁶⁷ não podem, intencionalmente, falsificar tais livros e registros nem negligenciar a implementação do sistema de controles internos. Já a abordagem da criminalização cuidou de vedar as “práticas comerciais proibidas” por meio do direito penal.

Ainda que o texto da lei tenha sido bastante promissor quanto à adoção de controles internos para prevenção à corrupção, foi na sua aplicação que os contornos da definição do que seriam esses controles

65 Tão nítida foi a distinção entre estas duas abordagens que em uma carta enviada pelo secretário do Comércio, Richardson, ao Senador Proxmire, ele constata a existência das duas abordagens e indica qual a recomendada por ele. UNITED STATES SENATE. **Prohibiting Bribes to Foreign Officials: hearing before the subcommittee comm. on banking**, Hous., and Urban Affairs, letter from Elliot Richardson, U.S. Sec’y of Commerce to Sen. William Proxmire, Chairman, S. Comm. on Banking, Hous., and Urban Affairs. Washington: U.S Government Printing Office, 1976, p. 75.

66 KOEHLER, Mike. The Story of the Foreign Corrupt Practices Act, **Ohio State Law Journal**, v. 73, n. 5, dec. 2012, p. 950.

67 Nos termos do FCPA, são emissores todos aqueles têm valores mobiliários registrados de acordo com a seção 12 do Securities Exchange Act de 1933, ou que são obrigados a protocolar relatórios periódicos perante a SEC de acordo com a seção 15 (d) da mesma lei.

internos foram testados e ampliados, especialmente nas duas últimas décadas. Tal ponto será explorado no item 2 deste artigo.

1.2 CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS DA OCDE

Se durante a discussão que antecedeu a promulgação do FCPA o seu impacto econômico sobre as companhias norte-americanas era fonte de preocupação, após a sua promulgação o tema foi ainda mais discutido. Dentre os estudos conduzidos à época, alguns indicaram que a lei teria efeitos negativos sobre a competitividade das empresas transnacionais norte-americanas, e outros, que não haveria impacto algum⁶⁸. Predominou a visão de que as empresas norte-americanas estariam sendo prejudicadas⁶⁹, razão pela qual, durante o governo Clinton, elas passaram a pressionar o Congresso para que os Estados Unidos pressionassem órgãos multilaterais a adotar políticas contra a corrupção internacional, em especial a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Fruto dessa pressão, a OCDE adotou em 1997 a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada por 34 (trinta e quatro) países. A partir deste esforço, países membros comprometeram-se a

68 Cf. BECK, Paul J.; MAHER, Michael W.; TSCHOEGL, Adrian E. The Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S Export, **Managerial and Decision Economics**, v. 12, n. 4, aug 1991, p. 195-303. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/229565845_The_impact_of_the_Foreign_Corrupt_Practices_Act_on_US_exports> Último acesso em 14 set. 2023; PEASAD, Jyoti N. Impact of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 on U.S Exports. **Garland Publishing**, 1993; TRADE PROMOTION COORDINATION COMMITTEE., **Toward the Next American Century: A U.S Strategic Response to Foreign Competitive Practices**. Washington: The Fourth Annual National Export Strategy Report to the US Congress, 1996.

69 GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen; NAIM, Moises. **Corruption and the Global Economy**, In: The Globalization of Corruption,. Massachusetts: Peterson Institute for International Economics Press, 1997, p. 18.

criminalizar o suborno de funcionários públicos estrangeiros em sua legislação interna.

O uso dos programas de compliance foi explorado, ainda que superficialmente, nos “Comentários à Convenção” lançados na mesma data⁷⁰. Tal realidade mudou em 26 de novembro de 2009, quando foram divulgadas as Recomendações do Conselho para Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Entre elas, havia a recomendação de número dez, que incluiu entre as recomendações da prestação de contas, seção sobre “controles internos, ética e compliance” e lançou um guia de boas práticas sobre os controles internos, ética e compliance.

Neste novo tópico, foi recomendado que os países membros incentivassem as empresas a adotar controles internos, programas de ética e compliance adequados para prevenir e detectar as práticas proibidas, considerando o guia anexo às recomendações. Não só, foi recomendado também a criação de órgãos de controle internos, tais como o comitê de auditoria para supervisionar os programas, e que as empresas divulgassem em seus relatórios anuais os seus respectivos sistemas de controle interno e compliance⁷¹.

Já no Guia de Boas Práticas, constam as recomendações específicas que devem ser observadas no desenvolvimento dos programas de compliance. Dentre elas, destaca-se a importância de que o programa seja baseado em uma análise de risco individualizada de cada companhia, e de que ele seja aplicado a todos os níveis hierárquicos. Deve haver ainda um canal de comunicação para denúncias e procedimentos internos de averiguação e punição das violações que possam ocorrer. Tal programa deve ser objeto de

70 Os comentários ao Art. 8 da Convenção, que trata das diretrizes para a contabilidade das empresas indicam que o referido artigo recomenda a adoção de controles internos contábeis para evitar a adoção de contabilidade paralela. Cf. OECD. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**. In: Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. United States of America: OECD, p. 11-16, 1997, p. 14. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf> Último acesso em 13 set. 2023.

71 Ibidem, p. 21.

treinamentos e revisões constantes, a fim de aprimorá-lo de acordo com a evolução das melhores práticas na matéria⁷².

Além de ter representado um avanço para o movimento de combate à corrupção, ainda que de caráter predominantemente simbólico⁷³, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE representou mais um passo no movimento de ascensão do compliance anticorrupção. Isto pois, ela contribuiu para que leis do mesmo teor do FCPA fossem promulgadas em outros países, inclusive no que diz respeito às obrigações relacionadas à prestação de contas e aos controles internos das empresas.

1.3 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Posteriormente, as Nações Unidas aprovaram a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em 31 de outubro de 2003 pela Assembleia Geral, assinada por 129 países. A Convenção representou o primeiro acordo, de caráter global, a tratar do combate à corrupção internacional⁷⁴ e a incluir menção aos programas de compliance como instrumento de prevenção.

72 Ibidem, p. 27-29.

73 A eficácia da convenção é alvo de muitas críticas, destacando-se a dificuldade de uniformizar o combate a corrupção e as normas dedicadas a regular a matéria nos diferentes países do mundo. Ainda que ela tenha cumprido com o objetivo de tornar crime a prática nos países membros, permanece desafiadora a aplicação prática de tais leis internas. Daí a crítica de que a convenção teria função predominantemente simbólica e não prática. Cf TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Strengthening Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention**. UNITED STATES: Transparency International, [s.d]. Disponível em <https://www.transparency.org/whatwedo/activity/strengthening_enforcement_of_the_oecd_anti_bribery_convention> Último acesso em 13 set. 2023. BREWSTER, Rachel. The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, **Chicago Journal of International Law**, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2014.

74 RAVINDRAN, Rajesh. **The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview**, Indian Institute of Management, SSRN Online, 2006, p. 8. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891898&rec=1&srcabs=882334&alg=1&pos=9> Último acesso em 13 set. 2023.

A Convenção, além de criminalizar os atos de corrupção, endereça o tema do ponto de vista dos setores público e privado, trata das medidas de prevenção, da cooperação internacional e do processo de recuperação de ativos. Em seu Capítulo 2, a Convenção trata da prevenção à corrupção, mencionando expressamente a adoção de códigos de conduta como instrumento de prevenção para os funcionários públicos⁷⁵ e dos controles internos para o setor privado, de forma que cabem aos Estados Parte velarem para que as empresas tenham controles suficientes para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção⁷⁶.

A Convenção foi assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

1.4 TERRORISMO, FRAUDE E CRISE NO MERCADO FINANCEIRO: PATRIOT ACT, SARBANES-OXLEY ACT E DODD-FRANK ACT.

No início dos anos 2000 os programas de compliance passaram a ganhar cada vez mais destaque, não só no contexto de aplicação do FCPA, mas também como resposta a outros problemas que se tornaram relevantes nessa década, como o terrorismo e as crises do mercado financeiro. Eles foram expressamente mencionados em importantes leis promulgadas no período nos Estados Unidos, notadamente Patriot Act, Sarbanes-Oxley Act, e Dodd-Frank Act.

O Patriot Act foi a resposta legislativa dada ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. Além do evidente abalo nos sistemas de inteligência e segurança do país, o dia que mudou o mundo trouxe à tona a importância do combate à lavagem de dinheiro, uma vez que foi descoberto que a rede terrorista Al Qaeda, responsável pelo ataque,

75 BRASIL. **Decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, Brasília: Congresso Nacional, [2006], Artigo 8.

76 Ibidem, artigo 12, item 2.

teria uma extensa rede de lavagem de dinheiro para financiar as suas atividades⁷⁷.

Promulgado em 26 de outubro de 2001, o Patriot Act possui seção inteiramente destinada a obrigação das instituições financeiras que mantêm e administram contas correntes nos Estados Unidos para não residentes de estabelecer políticas de *due diligence* e controles internos que tenham como objetivo deter e reportar casos de lavagem de dinheiro⁷⁸, ou seja, aquilo que entendemos por programas de compliance.

Menos de um ano depois, o Sarbanes-Oxley Act (SOX) foi promulgado como resposta a uma nova crise norte-americana, desta vez provocada pelo colapso de duas grandes empresas, Enron e WorldCom. Ambas demonstraram ter graves problemas de governança⁷⁹ e manipularam documentos contábeis para ocultar a sua real situação financeira dos investidores e acionistas. À época, o presidente George Bush anunciou que não permitira que o medo ou fraudes minassem o sucesso da economia norte-americana⁸⁰. Segundo ele, a corrupção corporativa não tinha apenas atingido a confiança dos investidores, mas ofendido a “consciência da nação”.

77 HEALY, Nicole M. The Impact of September 11th on Anti-Money Laundering Efforts, and the European Union and Commonwealth Gatekeeper Initiatives. **The International Lawyer**, v. 6, n. 2, 2002, p. 733.

78 UNITED STATES. **USA Patriot Act of 2001** [2001]. Sec. 312. Disponível em <<https://www.fdic.gov/regulations/examinations/bsa/patriot-act.pdf>> Último acesso em 13 set. 2023.

79 Destaca-se que o Sarbanes-Oxley Act foi promulgado em caráter emergencial devido à corrida para reeleição do congresso. Embora a lei tenha buscado endereçar os problemas que teriam levado a Enron ao colapso, há críticas no sentido de que as reformas relacionadas à governança corporativa previstas no SOX tinham pouca, se não nenhuma relação com os problemas enfrentados pela Enron. Cf. ROMANO, Roberta. The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance, **The Yale Law Journal**, v. 114, p. 1521-1611, 2005.

80 No original: “During the past year the American economy has faced several sudden challenges, and proven its great resiliency. Terrorists attacked the center and symbol of our prosperity. A recession cost many American workers their jobs. And now corporate corruption has struck at investor confidence, offending the conscience of our nation. Yet, in the aftermath of September the 11th, we refuse to allow fear to undermine our economy. And we will not allow fraud to undermine it either.” Cf. UNITED STATES. **USA Patriot Act of 2001** [2001]. Sec. 312.

De acordo com o SOX, a SEC deveria editar novas regras para que os emissores fossem obrigados a divulgar junto com os seus relatórios periódicos exigidos pela Lei de Valores Mobiliários (Securities Exchange Act), se adotam ou não, e por que não, um código de ética aplicável ao seu diretor financeiro e aos demais colaboradores da área, bem como às pessoas que desempenhem funções similares às suas. Não só, qualquer alteração em tal código deveria ser igualmente divulgada imediatamente aos investidores⁸¹.

O Sarbanes-Oxley Act também foi responsável pela introdução de diversas novas regras relacionada à governança corporativa⁸² e pela alteração do Guia Federal de Julgamento (Federal Sentencing Guidelines) para incluir uma seção inteiramente dedicada ao compliance anticorrupção e aos códigos de ética. Segundo o guia, para ter um programa efetivo de compliance e de ética a empresa deve realizar *due diligence* para prevenir e detectar as condutas criminosas e promover uma cultura de ética e comprometimento com o programa de compliance e com a lei⁸³. Não só, a promoção de uma cultura de comportamento ético deve, necessariamente, perpassar pelo estabelecimento de padrões e processos internos que identifiquem condutas criminosas e promovam um programa de compliance específico para as atividades da empresa em questão.

Já o Dodd-Frank Act foi a resposta legislativa à crise do *subprime* norte-americana, que teve origem no mercado imobiliário e logo repercutiu em todos os setores para além do mercado financeiro norte-americano e, conseqüentemente, mundial. Como resposta, novamente, emergiu no debate político novas propostas de regulação do mercado financeiro, com vistas a prevenir crises de mesma natureza no futuro.

81 UNITED STATES, **Sarbanes-Oxley Act of 2002**, [2002], Pub.L. 107-204, § 302.

82 Cf. ROMANO, Roberta. The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance. **The Yale Law Journal**, v. 114, n. , p. 1521-1611, 2005.

83 UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines Manual**. Washington D.C.: U.S Government Printing Office, 2004. p. 476.

Embora o Dodd-Frank Act não tenha endereçado diretamente o compliance anticorrupção, é possível notar o uso dos controles internos na lei como instrumento de prevenção à evasão fiscal⁸⁴, para regulação do processo de avaliação de risco de crédito⁸⁵, e para evitar a possibilidade de ex-membros da SEC ajudarem instituições financeiras a violar as suas leis⁸⁶. Desta forma, o Dodd-Frank Act caminhou no mesmo sentido de fortalecer a importância dos sistemas de conformidade e compliance como forma de evitar condutas ilícitas.

Há que se destacar, por fim, que o Dodd-Frank Act contribuiu para a aplicação do FCPA ao dispor sobre a necessidade de a SEC editar novas normas, mais vantajosas, para os delatores (*whistleblowers*)⁸⁷. Após editada tal regulamentação, ela pôde auxiliar não só na aplicação do Dodd-Frank Act como também do FCPA ao incentivar a colaboração de delatores, que contribuem com as investigações fornecendo informações e identificando os demais criminosos. O instrumento é largamente utilizado nos Estados Unidos para persecução de crimes empresariais e um aliado importante para o sucesso de suas investigações.

1.5 UK BRIBERY ACT

A última lei dentre as responsáveis por fortalecer os programas de compliance anticorrupção e incentivar o surgimento de outras leis futuras de mesmo teor foi o UK Bribery Act, promulgado em 2010, após grande pressão exercida pela OCDE para que o Reino Unido adotasse uma lei de criminalização da corrupção internacional⁸⁸.

84 UNITED STATES, **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**, [2010], Pub.L 111-203, Sec. 619, e, 1.

85 Ibidem, sec. 932, a, 3.

86 Ibidem, sec. 968, a, 4.

87 Ibidem, sec. 922.

88 Em de 16 de outubro de 2008, o Grupo de Trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE divulgou relatório criticando severamente o Reino Unido por não ter implementado a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Com conteúdo próximo ao FCPA, o UK Bribery Act tem aplicação extraterritorial, veda qualquer prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros e atribui responsabilidade objetiva às empresas pela ofensa de não prevenir atos de corrupção por parte dos seus prepostos⁸⁹. Como defesa, a empresa pode provar que tomou as medidas necessárias para prevenir tais atos de corrupção. Neste sentido, o Secretary of State ficou responsável por publicar guias sobre os procedimentos que devem ser tomados pelas empresas para prevenir a corrupção internacional e atenuar a sua responsabilidade, o que foi feito em 2011⁹⁰.

O guia fornece informações importantes para as empresas ao identificar quais os atributos mínimos de um programa de compliance para que seja efetivo e atenda aos critérios da lei. De acordo com o guia lançado em março de 2011, o governo britânico considera que os programas desenvolvidos pelas companhias para prevenir a corrupção devem ser guiados por seis princípios, quais sejam: (i) adoção de procedimentos proporcionais aos riscos aos quais a companhia está exposta considerando a sua natureza, tamanho e

Conforme as recomendações feitas nos anos anteriores, o Grupo de Trabalho recomendou ao Reino Unido que fosse adotada uma nova lei sobre a corrupção internacional o mais rápido possível. Contudo, nos termos do relatório, o Reino Unido não estaria comprometido com a causa. Neste sentido, ver OECD. **Group demands rapid UK action to enact adequate anti-bribery laws**. Paris: OCDE. Publicado em 16 out. 2008. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdgroupdemandsrapidukactiontoenactadequateanti-briberylaws.htm>> Último acesso em 31 set. 2023; e OECD, **Report on The Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions**, United Kingdom: OECD, 2008. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/41515077.pdf>> Último acesso em 15 set. 2023.

89 Cf. UNITED KINGDOM, **Bribery Act 2010**, Sec. 7. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>> Último acesso em 4 out. 2023.

90 Cf. MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act of 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing**. United Kingdom: Ministry of Justice, 2011, p. 21. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>> Último acesso em 14 set. 2023.

complexidade das suas atividades⁹¹; (ii) comprometimento do topo⁹²; (iii) avaliação constante dos riscos aos quais a empresa está exposta⁹³; (iv) adoção de procedimentos de *due diligence*⁹⁴; (v) comunicação das políticas de prevenção com colaboradores que seja proporcional aos riscos enfrentados⁹⁵; e (vi) monitoramento e revisão periódica dos procedimentos adotados⁹⁶.

Em relação ao FCPA, o UK Bribery Act inovou ao prever no texto legal que a adoção de procedimentos para prevenir a corrupção, tal como a implementação de um programa de compliance, pode ser usada como defesa pelas empresas investigadas⁹⁷. O que foi garantido no âmbito de aplicação do FCPA apenas por meio de alterações feitas no Guia Federal de Julgamento e não no texto da lei.

Assim, o UK Bribery Act conferiu especial destaque aos programas de compliance na rede de prevenção e controle da corrupção, simbolizando mais um passo no caminho percorrido para seu fortalecimento no decorrer dos últimos vinte anos. Ao estabelecer princípios norteadores para os programas e até exemplos de casos práticos, o guia publicado pelo governo britânico em 2011 deu maior tangibilidade à possibilidade de que os programas de compliance fossem usados como prova de que a empresa investigada tomou as atitudes necessárias de prevenção, permitindo que as empresas que investissem nos programas fossem recompensadas por isso.

91 MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act of 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing**, United Kingdom: Ministry of Justice, 2011, p. 21.

92 Ibidem, p. 22.

93 Ibidem, p. 25.

94 Ibidem, p. 27.

95 Ibidem, p. 29.

96 Ibidem, p. 31.

97 UNITED KINGDOM, **Bribery Act 2010**, Sec. 7. (2).

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

A partir dessa digressão é possível identificar que após a promulgação do FCPA o uso dos programas de compliance foi feito por outras leis e convenções internacionais, tanto no âmbito de combate à corrupção, como no âmbito de combate a fraudes contábeis e à lavagem de dinheiro. Com o passar dos anos, o instrumento foi ganhando mais espaço e maior detalhamento, como pode ser visto no UK Bribery Act.

Ainda, é impossível dissociar o movimento de ascensão do compliance anticorrupção da ascensão da governança corporativa no cenário internacional⁹⁸. Tal como aconteceu com a governança corporativa, o compliance vem sido utilizado como resposta nos momentos de crise econômica e política. O instrumento tanto é a resposta mais fácil usada como substituta das ações que devem ser tomadas pelo setor público para o combate a corrupção internacional, como é possível notar que seu uso foi incentivado sempre em momentos de crise das mais diversas naturezas⁹⁹. Foi assim com o FCPA, o Patriot Act, Sarbanes-Oxley Act e o Dodd-Frank Act, com destaque para o SOX, que impactou diretamente na aplicação do FCPA nos anos subsequentes.

Em que pese a importância atribuídas aos programas pelos textos normativos das leis e convenções supracitadas, o instrumento jamais teria se tornado tão poderoso no combate à corrupção não

98 São diversos os motivos pelos quais a governança corporativa ganhou destaque nas últimas décadas, destacando-se o seu fortalecimento nos momentos de crise econômica, desde Cadbury até o Dodd-Frank Act. No que diz respeito ao FCPA, é possível verificar o seu fortalecimento nos anos 80 a 90, período de desregulamentação financeira, e a partir dos anos 2000. Sobre a ascensão da governança corporativa ver: PARGENDLER, Mariana. **The Corporate Governance Obsession**, *The Journal of Corporate Law*, v. 2, n. 2, p. 361-402, 2016.

99 Conforme apontado por Pargendler, dois fatores podem ser considerados como principais para a ascensão da governança corporativa no contexto internacional: (i) o uso da matéria como substituta da ação governamental e (ii) o seu fortalecimento nos momentos de crise econômica. Cf. PARGENDLER, Mariana. **The Corporate Governance Obsession**, *The Journal of Corporate Law*, v. 2, n. 2, p. 361-402, 2016, p. 376.

fosse a importância dada a ele na prática. Tal papel foi cumprido pela SEC e pelo DOJ na aplicação do FCPA, como será visto adiante.

2. FUNDAMENTO PRÁTICO: APLICAÇÃO DO FCPA

Embora haja no FCPA disposições sobre controles internos em sua primeira parte que trata da forma dos relatórios, livros contábeis, registros e contabilidade interna para emissores¹⁰⁰, foi na sua aplicação que os programas de conformidade ganharam especial atenção, especialmente nas duas últimas décadas.

É possível identificar 3 (três) situações em que o compliance anticorrupção ganhou relevância na aplicação do FCPA: (i) como hipótese que de azo a condenação, quando uma empresa falha na sua implementação, ainda que não tenha havido um caso efetivo de corrupção; (ii) como exclusão da responsabilidade, nos casos em que há violação da lei, mas em que a empresa adotou todas as medidas necessárias de prevenção; e (iii) como parte da pena, quando da celebração de acordos. Tais casos, em suas diferentes hipóteses, passaram a ocorrer nas duas últimas décadas, demonstrando, cada qual, o fortalecimento do compliance anticorrupção neste período.

2.1 COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO ENQUANTO CAUSA DA CONDENAÇÃO

A condenação de empresas por não terem implementado controles internos de forma adequada tem sido cada vez mais recorrente, mesmo que a lei não trate expressamente da definição do que seriam esses controles internos. O entendimento sobre a sua definição também foi aprofundado durante as últimas décadas, de forma que na interpretação atual eles se tornaram não só um sistema

100 UNITED STATES, **Foreign Corrupt Practices Act of 1977**, seção 78dd-4. Disponível em <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>> Último acesso em 4 out. 2023.

de controle contábil, mas um sistema de controle amplo, cujo objetivo é garantir que os documentos contábeis reflitam todas as transações da companhia, sem que, portanto, haja movimentações financeiras *off the books*.

A partir dos anos 2000, é possível identificar um aumento nos números de ações civis propostas pela SEC em face de empresas que não teriam adotado sistemas de controles internos considerados adequados, mesmo sem que tenha sido identificada qualquer prática corrupta. Em artigo publicado em 2011, o escritório norte-americano Debevoise e Plimpton já chamava atenção para esta tendência¹⁰¹. Enquanto em 2010, 16% das ações conduzidas pela SEC foram desta natureza, tal porcentagem foi próxima de 50% nos anos subsequentes¹⁰².

Apesar da observância desta nova tendência, foi no ano de 2012 que o primeiro caso paradigmático ocorreu. Trata-se do caso SEC v. Oracle Corp., em que a empresa foi condenada por não fiscalizar adequadamente a sua subsidiária indiana, que tinha criado uma estrutura de pagamentos de distribuidores que poderia, sem provas de que tenha efetivamente sido, usada para corrupção de funcionários estrangeiros¹⁰³.

Novamente, em 2015, o caso SEC v. BHP Billiton também se tornou paradigma na matéria, gerando muitas críticas de escritórios especializados¹⁰⁴. A BHP Billiton foi condenada ao pagamento de multa

101 Cf. BERGER, Steven S. (et al.). **Do FCPA Remedies Follow FCPA Wrongs? “Disgorgement” in Internal Controls and Books and Records Cases**. New York: Debevoise e Plimpton LLP, 2011.

102 THE SEC Frequently Alleges Or Finds Only Books and Records and Internal Controls Violations in FCPA Enforcement Actions. Estados Unidos: **FCPA Professor**. Publicado em 11 jun. 2015. Disponível em <<http://fcpaprofessor.com/the-sec-frequently-alleges-or-finds-only-books-and-records-and-internal-controls-violations-in-fcpa-enforcement-actions/>> Último acesso em 14 set. 2023.

103 THE Dilution of FCPA Enforcement Has Reached a New Level with the SEC’s Enforcement Action Against Oracle. Estados Unidos. **FCPA Professor**. Publicado em 17 ago. 2012. Disponível em <<http://fcpaprofessor.com/the-dilution-of-fcpa-enforcement-has-reached-a-new-level-with-the-secs-enforcement-action-against-oracle/>> Último acesso em 4 out. 2023.

104 Diversos escritórios de advocacia norte-americanos chamaram a atenção para a inovação trazida no caso, criticando a postura adotada pela SEC, como exemplo ver:

de 25 milhões de dólares após seis anos de investigações sobre o seu programa de hospitalidade, oferecido durante os Jogos Olímpicos de Pequim de 2008, do qual a empresa era patrocinadora. Segundo a SEC, a BHP Billiton não apresentou controles internos suficientes sobre o programa para assegurar que ele não seria usado para corrupção¹⁰⁵, ainda que não haja provas de que o programa tenha sido efetivamente usado com esse propósito.

Depois desses casos, outros ocorreram, mas já sem chamar a mesma atenção. Além das críticas recebidas dos escritórios de advocacia norte-americanos, a postura adotada pela SEC também foi alvo de críticas do meio acadêmico. Acredita-se que ações como esta podem levar ao “overenforcement” da lei e ao “overcriminalization”, entendido em três frentes. A primeira, diz respeito a mudança do papel desempenhado pela SEC, que teria se tornado uma agência de acusação, ao invés de remediação ou reparação¹⁰⁶. A segunda, de que a definição do que seriam controles adequados seria vaga, além de que estaria cada vez mais difícil para as companhias atingirem o que seria

BROWN, David W. (et al.), **SEC Extends Application of FCPA Accounting Provisions in BHP Billiton Enforcement Action**, United Kingdom: Paul Weiss. Publicado em 28 mai. 2015. Disponível em <<https://www.paulweiss.com/practices/litigation/anti-corruption-fcpa/publications/sec-extends-application-of-fcpa-accounting-provisions-in-bhp-billiton-enforcement-action?id=20053>> Último acesso em 4 out. 2023; SULLIVAN & CROMWELL LLP, **Foreign Corrupt Practices Act Alert: SEC uses FCPA's Expansive Reach to Pursue Domestic Conduct in United Continental Enforcement Action**. New York: Sullivan e Cromwell LLP. Publicado em 13 dez. 2016. Disponível em <<https://www.sullcrom.com/foreign-corrupt-practices-act-alert-sec-uses-fcpas-expansive-reach-to-pursue-domestic-conduct-in-united-continental-enforcement-action>> Último acesso em 14 set. 2023.

105 A empresa convidou 176 membros de governos estrangeiros e funcionários de empresas estatais para ir aos Jogos Olímpicos como convidados da BHPB, e pagou todas as despesas de 60 deles que compareceram em hotéis de luxo, passeios e aéreo.

106 A crítica neste aspecto é de que a agência teria sido tomada pela divisão especializada na aplicação das leis, chamada de “enforcement division”, o que teria sido causado por uma distribuição desigual de poder e recursos entre as diferentes divisões internas. Tal mudança de postura da SEC é atrelada a política das “janelas quebradas”, adotada a partir de 2013 por Mary Jo White, responsável à época pelo comando da SEC. Cf. <https://www.sec.gov/news/speech/spch100913mjw> (acessado em 20 de set de 2023). Como exemplo de crítica desta postura no âmbito do FCPA, ver BLACK, Barbara. SEC and the Foreign Corrupt Practices Act: Fighting Global Corruption Is Not Part of the SEC's Mission. **Ohio State Law Journal**, v. 73, n. 5, p. 1093-1119, 2012,.

considerado pela SEC como o padrão mínimo exigido.¹⁰⁷ A terceira frente aponta para a ausência de precedentes judiciais que fundamentem essa nova forma de atuação da SEC. Conseqüentemente, a autoridade estaria acumulando competências de acusação e julgamento, sem que houvesse um controle externo sobre as suas atividades. De acordo com a crítica, todos esses fatores estariam contribuindo para que as decisões da SEC se tornassem cada vez mais arbitrárias.

Neste cenário, alguns argumentam que os efeitos da abordagem podem ser desastrosos e contrários ao objetivo inicial. Se, por um lado houve um aumento expressivo nos gastos dispendidos para que as empresas tentem se adequar ao exigido pela lei, na prática, não está sequer claro o que exatamente está sendo exigido pela lei. Para as empresas, pode ficar a sensação de que estão buscando algo que é inalcançável e que suas medidas serão sempre julgadas insuficientes. Assim, diante de uma postura cada vez mais rígida do órgão fiscalizador, sem que sejam dadas diretrizes objetivas sobre o que um programa deve apresentar para ser considerado adequado, as empresas podem concluir que não importa quão desenvolvidos sejam os seus controles internos, eles ainda serão considerados inadequados, razão pela qual pode haver um desincentivo para o investimento em programas de compliance¹⁰⁸.

Por outro lado, ainda que a abordagem seja arriscada, cabe dizer que ela parece acertada quando aplicada exclusivamente ao FCPA. Isso porque as empresas visadas pelo FCPA são aquelas de natureza

107 Neste sentido, Woody destaca também o fato de que a divisão especializada na aplicação do FCPA pela SEC teria ganhado tanto destaque que estaria ditando o comportamento empresarial por meio das punições, ao invés de utilizar de outros meios, como guias e orientações direcionadas às empresas reguladas pela agência. WOODY, Karen E. No Smoke and No Fire: The Rise of Internal Controls Absent Anti-Bribery Violations in FCPA Enforcement, **Cardozo Law Review**. Washington: University School of Law, v. 38, p. 1727-1768, 2017. Para análise desta crítica em específico, da mudança de posicionamento da SEC, consultar KARMEL, Roberta S. Creating Law at the Securities and Exchange Commission: The Lawyer as Prosecutor, **Law and Contemporary Problems**, v. 61, n. 1, p. 33-46, 1998.

108 Cf. WOODY, Karen E. No Smoke and No Fire: The Rise of Internal Controls Absent Anti-Bribery Violations in FCPA Enforcement, **Cardozo Law Review**. Washington: University School of Law, v. 38, p. 1727-1768, 2017.

transnacional, cuja existência transcende a vinculação a um Estado-nação, com faturamentos que, muitas vezes, superaram os produtos internos bruto de muitos países¹⁰⁹. Sendo assim, natural que empresas deste porte, com tamanho poder econômico e influência sobre atores políticos, tenham de encarar maiores responsabilidades, inclusive as que dizem respeito a exigência de uma postura mais ativa de combate à corrupção por meio da adoção de bons programas de compliance. Para que o efeito não seja indesejado, é necessário que as penalidades e a fiscalização sejam suficientemente intimidadoras, assim como que a existência de um bom programa seja premiada, como tem sido feito nos últimos anos, nos termos do discutido no item abaixo.

2.2 COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO COMO ATENUANTE DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A discussão sobre a forma que as companhias deveriam ser responsabilizadas por atos de seus empregados, colaboradores ou terceiros a elas vinculados é tema de grande importância para diversas áreas do direito. No sistema norte-americano, imperou até o ano de 1991 a tradicional “vicarious liability”¹¹⁰, data em que a United Sentencing Commission editou uma nova versão do Guia Federal de Julgamento (Federal Sentencing Guidelines) alterando o regime de responsabilidade para o chamado “composite”, regime no qual a pena da empresa pode ser diminuída caso ela tenha adotado determinadas

109 A ONG Global Justice Now realizou levantamento muito interessante nesse sentido, comparando o faturamento das maiores empresas do mundo com produto interno bruto dos países, a conclusão é de que grande parte dessas empresas têm faturamento superior ao de países, tal como a Walmart, a China National Petroleum e a Royal Dutch Shell. Cf. GLOBAL JUSTICE NOW, **Majority of the World's richest Entities are Corporations, not Governments**. Reino Unido: Global Justice Now. Publicado em 17 out. 2018. Disponível em <<https://www.globaljustice.org.uk/inthedia/majority-worlds-richest-entities-are-corporations-not-governments-figures-show>> Último acesso em 14 set. 2023.

110 A *vicarious liability* corresponde a responsabilidade por fato de outrem do direito brasileiro, ou seja, de que as empresas tem responsabilidade objetiva sobre os atos praticados por seus empregados e agentes.

precauções para que o crime não tivesse ocorrido, tais como a adoção de programas de compliance anticorrupção.

No âmbito de aplicação do FCPA, ao passo em que a exigência sobre o conteúdo dos programas de compliance crescia, as autoridades demonstravam que os programas seriam levados em consideração e poderiam ser um aliado da empresa nas investigações. Tornou-se prática, então, nos acordos em que as empresas investigadas celebravam para encerramento do caso, haver uma redução da multa quando os seus controles internos eram considerados bons ou adequados, destacando-se o caso do banco Morgan Stanley em 2012. Após o final de investigação, o DOJ e a SEC concluíram que o banco de investimentos tinha procedimentos adequados de controle e fiscalização¹¹¹, e que seu ex-diretor Garth Peterson tinha conspirado com membros do governo chinês para fraudar o controle interno da companhia e se beneficiar de transações fraudulentas¹¹², dado não só o robusto programa de compliance do banco, como também o alto cargo ocupado por Petersen.

Embora o caso Morgan Stanley tenha sido importante para a identificação deste novo cenário e seja um exemplo claro de empresa que implementou um programa adequado que não foi seguido por seu colaborador por sua opção para benefício próprio, a diminuição da responsabilidade empresarial deve ser aplicada com cautela. Isto pois, este não pode tornar-se mais um mecanismo de afastamento da responsabilidade empresarial diante das suas atividades ilícitas realizadas em múltiplas jurisdições.

111 Na investigação conduzida pelo DOJ foi identificado que o sistema de controles internos do Morgan Stanley era amplo, detalhado e atualizado continuamente para atender os riscos envolvidos. Cf. FORMER Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA. **The United States of America Department of Justice**, 25 apr. 2012. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>> Último acesso em 14 set. 2023.

112 FORMER Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA. **The United States of America Department of Justice**, 25 apr. 2012.

Sendo assim, também merece cautela o uso deste instrumento como ferramenta para exclusão da responsabilidade empresarial e imputação apenas ao seu colaborador envolvido. Muitas vezes, o colaborador é incitado a agir de forma antiética e incorrer em práticas corruptas em benefício da companhia, não sendo razoável, portanto, usar o programa de compliance como orientador da imputação pessoal penal, discussão essa que tem tido muita relevância quando aplicada à figura do *chief compliance officer* à luz do direito brasileiro¹¹³. Desta forma, não pode o programa de compliance ser usado para punir o empregado que executa uma ordem em benefício da companhia, sendo relevante para essa análise o grau hierárquico ocupado pelo colaborador envolvido. Esse tema, contudo, faz parte de uma discussão relevante e igualmente desafiadora do direito penal e das teorias de imputação aplicadas aos crimes empresariais.

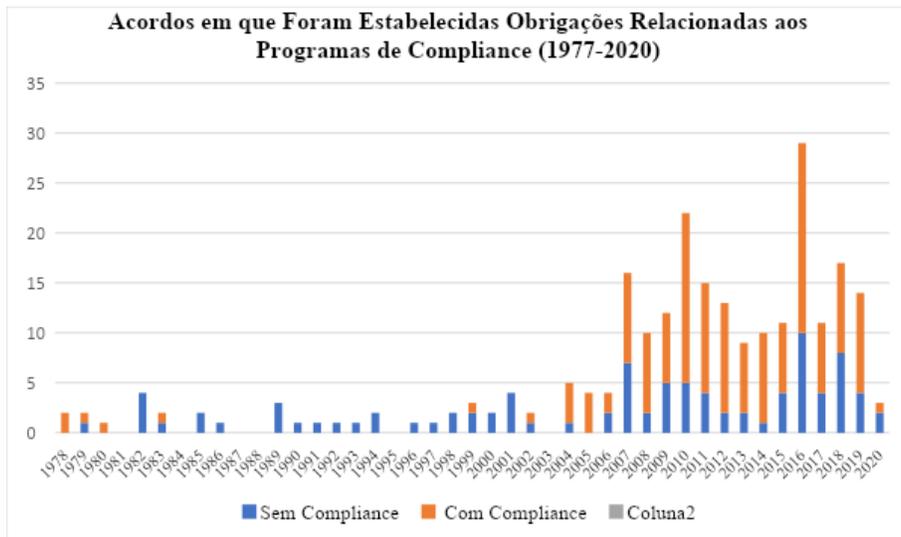
2.3 COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO COMO PENA

A terceira e última situação em que o compliance anticorrupção se destaca no âmbito de aplicação do FCPA é nos acordos celebrados. Essa é, talvez, a que tenha ganhado mais atenção nos últimos anos, dado o aumento expressivo no uso dos programas de compliance como parte das obrigações determinadas para encerramento de um caso investigado. Dentre todos os acordos celebrados desde

113 São inúmeros os trabalhos nessa seara. Ver, por exemplo, SARCEDO, Landro. **Compliance e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. 315f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014; BRAGHIOLI, Luís Felipe de A. N. **A responsabilidade criminal do compliance officer por crimes omissivos impróprios : a assunção da posição de garantidor através do contrato de trabalho**. 2022. 104f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2022; SANTANA, Jaqueline. **A Responsabilidade Criminal dos Compliance Officers: Considerações sobre seus limites a partir da AP n. 470**. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: 2018, v. 3, n. 2, p. 22-30.

a promulgação até o momento, em 61,32% deles foram incluídos obrigações relacionadas aos programas de compliance:

Gráfico 1 – Casos em Foram Estabelecidas Obrigações Relacionadas ao *Compliance* nos Acordos



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados disponíveis em: STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse – Heat Maps. Estados Unidos: Stanford Law School, [s.d]. Disponível em <<http://fcpa.stanford.edu/>> Último acesso 15 set. 2023.

A obrigação de implementar um programa de compliance considerado adequado pode vir acompanhada da necessidade de se reportar, periodicamente, ao governo sobre o desenvolvimento do programa, chamado *self-reporting*, ou da indicação de um monitor independente, que supervisionará a mudança de cultura interna da empresa e se reportará ao governo sobre a evolução do processo. Ainda, tanto o *self-reporting*, quanto a indicação de um monitor independente podem ser combinados no mesmo caso, o que é nomeado de sistema híbrido¹¹⁴.

¹¹⁴ O nome de sistema híbrido é dado pelo Foreign Corrupt Practice Act Clearinghouse, plataforma desenvolvida pela Universidade de Stanford em parceria com o Sullivan & Cromwell LLP, dedicada a estudar e servir como um banco de dados sobre o FCPA: STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse – Heat Maps. Estados Unidos: Stanford Law School, 2020. Disponível em <<http://fcpa.stanford.edu/>> Último acesso 15 set. 2023.

O caso mais famoso neste sentido é o caso *Securities and Exchange Commission v. Siemens Aktiengesellschaft*, iniciado em 2008, cuja multa foi, à época, a maior aplicada em um caso do FCPA. A Siemens se envolveu em diversos casos de corrupção em muitos países, como China, Rússia, Argentina, México, Nigéria e Vietnã. Nas investigações notou-se que havia um amplo esquema de corrupção e lavagem de dinheiro na companhia, envolvendo diversas das suas subsidiárias e membros do seu alto escalão¹¹⁵. Também durante as investigações, a Siemens iniciou um processo de investigação interna que culminou na demissão de mais de 500 (quinhentos) funcionários, pedido de demissão do seu CEO, e uma reestruturação completa do seu programa de compliance¹¹⁶. Atualmente, seu programa é considerado um modelo para outras empresas, tendo em vista o seu bom desempenho na promoção de uma cultura de integridade na companhia e em suas subsidiárias.

Em casos como o da Siemens, nota-se a importância do instrumento e a sua capacidade de transformação da cultura empresarial para um ambiente mais ético. Importante ressaltar, contudo, que essa não parece ser uma ferramenta em que a aplicação será útil para todos os casos. Questiona-se, nesse sentido, se a mera exigência de adoção de um programa de compliance será efetivo quando aplicada para empresas cujos controladores estiveram diretamente envolvidos nos esquemas de corrupção, sem que haja um afastamento dos controladores da companhia. Para esses casos, nos parece que a aplicação da multa e obrigação de adoção de um programa de compliance robusto serão pouco eficientes, dado que a cultura vem do controle, não sendo um problema de agência¹¹⁷. Tal

115 GORMAN, Thomas. *The Siemens FCPA Case: A Record Settlement and A Warning to all*. **SEC Actions**. 16 dec. 2008. Disponível em <<https://www.secactions.com/the-siemen-fcpa-case-a-record-settlement-and-a-warning-to-all/>> Último acesso em 15 set. 2023.

116 REBUILDING trust: How Siemens atoned for its sins. **The Gaurdian**. 26 de março de 2012. Disponível em <<https://www.theguardian.com/sustainable-business/recovering-business-trust-siemens>> Último acesso em 4 out. 2023.

117 Sobre a limitação dos programas de compliance aplicados para casos em que as empresas têm controladores ver: DAVIS, Kevin E. e PARGENDLER, Mariana.

discussão é especialmente relevante quando aplicada ao contexto brasileiro, cujo mercado é dominado por companhias de capital concentrado, e que tem importado muitas das práticas adotadas no contexto norte-americano. Cabe, assim, questionar até que ponto os programas de compliance serão endossados por controladores com histórico de práticas corruptas.

3. FUNDAMENTO TEÓRICO: CONTRIBUIÇÕES DA ÉTICA CORPORATIVA E DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

O incentivo ao desenvolvimento dos programas de compliance anticorrupção teve como fundamento não só as leis e convenções que surgiram após Watergate, mas também o respaldo teórico oferecido pelo surgimento de duas novas disciplinas na mesma época, a ética corporativa (*business ethics*) e a economia comportamental (*behavioral economics*). Elas contribuíram com o fundamento teórico para que os programas de compliance anticorrupção fossem e, continuem sendo, vistos como ferramentas capazes de prevenir condutas ilícitas e incentivar um comportamento ético nas empresas.

Entende-se por ética corporativa o estudo das situações, atividades e decisões de negócios em que questões de certo e errado são abordadas¹¹⁸. É sabido que o estudo da ética aplicada às relações comerciais precede o desenvolvimento das sociedades modernas, contudo, a partir do início do século XX, é possível identificar um aumento no interesse no estudo da ética com parte do estudo de

Corruption and Controlling Shareholders. **European Corporate Governance Institute** - Law Working Paper n. 698/2023, jun. 2023; e ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Corporate Governance Regulation Through Nonprosecution. **The University of Chicago Law Review**, v. 84, ed. 323, p. 323- 387, 2017.

118 Business Ethics. In: DICIONÁRIO DE CAMBRIDGE. United Kingdom: Cambridge University Press, [s.d]. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/business-ethics>> Último acesso em 14 set. 2023.

administração de empresa, com o oferecimento de cursos e palestras voltados ao tema¹¹⁹.

Embora o desenvolvimento da ética corporativa ocorresse à época, por meio dos questionamentos não só sobre a responsabilidade moral das empresas mas também da moralidade e ética dos mercados em si, atribui-se ao ano de 1974 o nascimento da disciplina da ética corporativa, quando Normand Bowie foi responsável pela primeira conferência do tema. Nos anos subsequentes, importantes livros e artigos foram lançados na área¹²⁰, diversos centros de estudo foram criados, novos cursos oferecidos nas universidades e revistas especializadas foram lançados¹²¹, movimento este que seria intensificado pelas crises que acometeram as empresas e o mercado norte-americano nos anos seguintes.

Dentro do amplo estudo da ética corporativa destaca-se o estudo e o desenvolvimento da responsabilidade social corporativa (*corporate social responsibility* – identificado pela sigla CSR), que compreende tanto as responsabilidades legais e econômicas, como éticas e de filantropia¹²². Tal argumento, de que as empresas teriam responsabilidade mais amplas do que as relacionadas com o estrito dever do cumprimento legal e dos objetivos econômicos da atividade, se coaduna ao momento em que o escândalo de Watergate e todos os seus desdobramentos geraram uma crise moral nos Estados Unidos. Como explorado no item 1 deste trabalho, a promulgação do FCPA

119 Em 1905, a Universidade de Nova Iorque ofereceu uma matéria especial de palestras sobre *business ethics*, enquanto em 1915 foi oferecida a matéria chamada “Social Factors in Business Enterprise” na Universidade de Harvard. Cf. ABEND, Gabriel. The Origins of Business Ethics in American Universities, 1902-1936, **Business Ethics Quarterly**, v. 23, n.2, p. 171-205, 2013, p. 178.

120 Cf. BEAUCHAMP, Tom L; BOWIE, Norman E. **Ethical Theory and Business**. United Kingdom: Cambridge University Press, 1979; DONALDSON, Thomas; WERHANE, Patricia. **Ethical Issues in Business: A Philosophical Approach**. New Jersey: Prentice Hall, 1979; e BARRY, Vincent; SHAW, William. **Moral Issues in Business**. Massachusetts: Cengage Learning, 1979.

121 Cf. *Business Ethics Quarterly*, *Business Ethics: A European Review*, *Business e Society*, *Business and Society Review* e *Journal of Business Ethics*, importantes revistas especializadas que surgiram na mesma época.

122 Cf. CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. **Business Ethics**. 4 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2016. p. 51.

também simbolizou uma resposta aos questionamentos feitos sobre a moralidade das empresas norte-americanas.

Neste sentido, é possível identificar que não só a criminalização da prática, bem como o fortalecimento dos incentivos para que as empresas adotassem políticas internas de combate à corrupção e promoção da ética, relaciona-se com um movimento do século XX que simbolizou uma mudança na forma como a atividade empresarial e as consequências por ela geradas eram vistas. Nele, os impactos sociais da atividade passam a ser discutidos, e as empresas tornam-se responsáveis pelas suas escolhas e práticas, ainda que não criminalmente, que podem gerar efeitos negativos, seja relacionado à corrupção, ao meio ambiente ou à discriminação.

Não só, como fundamento da existência de uma responsabilidade social corporativa, está tanto a existência da empresa enquanto ente autônomo e independente dos seus acionistas, com personalidade jurídica própria e autonomia funcional, como a existência de uma estrutura de decisão interna e da cultura organizacional, descrita por Crane e Matten como um conjunto de crenças e valores que determinam o que é considerado como certo e errado dentro da sua estrutura¹²³. É justamente na mudança dessas crenças e valores que definem a cultura organizacional que reside o objetivo dos programas de compliance anticorrupção.

Já a economia comportamental desenvolveu-se a partir da década de 1970, quando psicólogos e economistas passaram estudar o processo de tomada de decisão dos agentes econômicos. Como ponto inicial, destaca-se o trabalho de Herbert Simon, que estudou a racionalidade limitada dos agentes econômicos, em oposição à teoria econômica clássica do homo economicus, tendo recebido em 1978 o prêmio Nobel de Economia¹²⁴. O seu trabalho foi fundamental para dar início ao estudo da economia comportamental, tendo contribuído

123 Ibidem.

124 HERBERT A Simon - Facts. The Nobel Prize. Disponível em <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1978/simon/facts/>> Último acesso em 14 set. 2023.

para o desenvolvimento de dois novos trabalhos, na mesma década, cujos autores também seriam laureados no futuro com o prêmio Nobel de Economia, dentre eles Richard Thaler.

Thaler foi responsável pelo estudo da arquitetura da escolha, e da criação do conceito de *nudge*, o “empurrãozinho”, previstos em seu livro “Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade” (Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness). Para Thaler, o *nudge* é uma ferramenta da arquitetura da escolha, prática que tem o objetivo de influenciar o resultado das escolhas por meio da mudança da forma como as opções são apresentadas¹²⁵. A teoria parte da premissa de que as escolhas não são feitas em um ambiente a vácuo, isolado, mas sim dentro de um contexto. Desta forma, a alteração do ambiente no qual as escolhas são feitas podem alterar o resultado final¹²⁶. Os *nudges* seriam então os pequenos empurrãozinhos para direcionar as pessoas para determinada escolha, como uma tentativa de auxiliá-las a aproximarem-se do padrão de escolhas racionais e maximizadoras de utilidade da economia clássica.

Embora o conceito tenha sido concebido primeiramente como uma ferramenta de política pública¹²⁷ e tenha sido incorporado por governos, tais como os Estados Unidos e o Reino Unido¹²⁸, ele também foi adotado no setor privado. Um número expressivo de empresas conhecidas contratou cientistas comportamentais nos últimos anos para desenvolver os seus *nudges*¹²⁹, seja como ferramenta

125 HAUGH, Todd. Nudging Corporate Compliance, **American Business Law School**, v. 54, n. 4, p. 683-741, 2017, p. 684 *apud* THALER, Ricard; SUSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**. Estados Unidos: Penguin Books, 2009.

126 Idem.

127 Idem.

128 Tanto o governo dos Estados Unidos quanto o do Reino Unido adotaram “nudge units” como ferramenta para fortalecer as políticas públicas por meio do uso das descobertas da ciência comportamental. Cf. HAUGH, Todd. Nudging Corporate Compliance, **American Business Law School**, v. 54, n. 4, p. 683-741, 2017.

129 HAUGH, Todd. Nudging Corporate Compliance, **American Business Law School**, v. 54, n. 4, p. 683-741, 2017, p. 684.

para prevenir fraudes, como no caso do JP Morgan¹³⁰, para busca de melhores resultados econômicos, como na Uber¹³¹, ou até mesmo para incentivar o consumo de alimentos mais saudáveis, como fez o Google¹³² e combater ao tabagismo, como no caso da General Electric¹³³.

Se o uso de mecanismos de incentivo pode ser usado para influenciar o comportamento de colaboradores e consumidores com as mais diversas finalidades, logo notou-se que eles poderiam ser usados também como ferramenta para aprimoramento dos programas de compliance anticorrupção. Assim, advogados foram chamados a se tornar engenheiros dos programas de compliance¹³⁴ para identificarem quais os melhores incentivos que podem ser usados para alterar a arquitetura de decisão dos empregados e contribuir para maior adesão ao programa de compliance da empresa.

130 Cf. SON, Hugh. JP Morgan Algorithm Knows You're a Rogue Employee Before You Do. **Bloomberg**, 2015. Disponível em <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-08/jpmorgan-algorithm-knows-you-re-a-rogue-employee-before-you-do>> Último acesso em 5 out. 2023.

131 Cf. GINO, Francesca. Uber Shows How Not to Apply Behavioral Economics, **Harvard Business Review**. 13 apr. 2017. Disponível em <<https://hbr.org/2017/04/uber-shows-how-not-to-apply-behavioral-economics>> Último acesso em 5 out. 2023.

132 Cf. CHANCE, Zoe; DHAR, Ravi. Making the Best Choice the Easy Choice: Applying the 4Ps Framework for Behavioral Change at Google. **The Behavioral Economics Guide**, 2016. Disponível em <<http://www.behavioraleconomics.com/BEGuide2016.pdf>> Último acesso em 5 out. 2023.

133 VOLPP, Kevin G. (et al). A Randomized, Controlled Trial of Financial Incentives for Smoking Cessation, **The New England Journal of Medicine**, v. 360, p. 699-709, feb. 2009.

134 A ideia de advogados como engenheiros foi cunhada por Ronald Gilson ao descrever o papel dos advogados para redução dos custos de transação e criação de valor no mercado financeiro. Neste sentido, os advogados atuariam na construção de contratos de forma reduzir tais custos, tal como a atividade de um engenheiro. In: GILSON, Ronald J. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing, **The Yale Law Journal**. v. 94, n. 2, 239-313, 1984. A partir deste conceito, ao investigar o impacto da economia comportamental no compliance anticorrupção Donald Langevoort sugere que os advogados também devem atuar como engenheiros, neste caso como engenheiros dos programas de compliance para assegurar que eles sejam efetivos e enderecem os problemas e riscos enfrentados pelas companhias. In: LANGEVOORT, Donald C. Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law, **Columbia Business Law Review**, v. 71, n. 1, p. 71-118, 2015.

Desta forma, da conjunção do estudo da ética com a influência da economia comportamental surge o conceito de ética comportamental (*behavioral ethics*), que se desenvolveu nas últimas décadas especialmente aplicada aos negócios, e tem por objetivo entender como mesmo as pessoas bem-intencionadas podem ter comportamentos antiéticos¹³⁵.

Para prevenir tais comportamentos, a ética comportamental estuda quais as ferramentas que podem influenciar os indivíduos para que eles se comportem de forma ética. Os *nudges* podem atuar das mais diversas formas, como a assinatura do código de conduta da companhia antes de um funcionário praticar determinado ato que gere um risco de compliance para a empresa¹³⁶, ou até mesmo mudanças mais sutis, como alterações na forma de disposição das informações em um formulário ou na governança interna de cada companhia. Novamente, é na crença de que tais mudanças, das pequenas às maiores, são capazes de influenciar comportamentos e, conseqüentemente, alterar a cultura corporativa, que reside a lógica do investimento em um programa de compliance.

Em outras palavras, as premissas sobre as quais se fundam os campos da ética corporativa, economia comportamental e ética comportamental são aquelas sobre as quais os programas de compliance se apoiam. Primeiro, de que empresas devem atuar de forma ética. Segundo, de que existe uma cultura organizacional. Terceiro, de que essa cultura é resultado de crenças e valores que determinam o certo e o errado dentro de uma estrutura organizacional. Quarto, de que tais crenças e valores são dinâmicos, suscetíveis a alterações a depender

135 HAUGH, Todd. Nudging Corporate Compliance, **American Business Law School**, v. 54, n. 4, p. 683-741, 2017. p. 706; DANA, Jason (et al.). Ethical Immunity: How People Violate Their Own Moral Standards Without Feeling They Are Doing So, **Behavioral Business Ethics**, p. 197-215, 2012 Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/299565621_Ethical_immunity_How_people_violate_their_own_moral_standards_without_feeling_they_are_doing_so> Último acesso em 2 out. 2023.

136 KILLINGSWORTH, Scott. Behavioral Ethics: From Nudges to Norms. **Ethikos**, p. 1-7, jan/feb 2017. Disponível em <<https://www.bclplaw.com/images/content/8/9/v2/89927/2017-01-jan-feb-ethikos-killingsworth.pdf>> Último acesso em 5 out. 2023
apud HAUGH, Todd. Nudging Corporate Compliance, **American Business Law School**, v. 54, n. 4, p. 683-741, 2017, p. 711.

dos incentivos dados. Assim, os programas de compliance buscam incentivar certas condutas e desincentivar outras, com o objetivo de alterar condutas individuais e coletivas e, como consequência, alterar a cultura da organização como um todo. Apesar dos avanços, como incentivar condutas éticas, na prática, segue sendo um desafio para advogados, psicólogos, economistas e administradores envolvidos na elaboração de programas de compliance.

4. CONCLUSÃO

Há uma confluência de fatores que alçaram os programas de compliance ao lugar de atenção e destaque que eles vêm ocupando desde o início dos anos 2000. Este trabalho buscou, contudo, destacar aqueles considerados principais, com destaque ao papel primordial desempenhado pelo FCPA nesse sentido, desde a sua promulgação até a sua aplicação, que a cada dia que passa se torna mais especializada e paradigmática na matéria.

Não obstante a relevância da influência daquilo que foi chamado neste trabalho de fundamento prático, destaca-se também o papel desempenhado pela ética corporativa e pela economia comportamental, que têm sido responsáveis por investigar quais as melhores ferramentas que devem ser empregadas para o aperfeiçoamento desses programas. É verdade que eles ainda são alvos de críticas que desconfiam da sua real eficácia, o que tem sido afastado pelos estudos empíricos conduzidos no âmbito do estudo do processo de tomada de decisão ética mais recentes¹³⁷.

No Brasil, é possível notar que o modelo adotado pelo FCPA em relação aos programas de compliance foi implementado quando da promulgação da Lei n. 12.846 de 2013, a Lei Anticorrupção, segundo

137 Ver, por exemplo: CRAFT, Jana L. A Review of the Empirical Ethical Decision-Making Literature: 2004-2011. **Journal of Business Ethics**, v. 117, p. 221-259, 2013; O'FALLON, Michael J.; BUTTERFIELD, Kenneth D. A Review of the Empirical Ethical Decision-Making Literature: 1996-2003. **Journal of Business Ethics**, v. 59, p. 375-413, 2005, p. 397.

a qual será levado em consideração na aplicação das sanções a existência de programas de compliance. Não só, o padrão de atuação do Ministério Público Federal e da Controladoria Geral da União tem em muito se aproximado da conduta adotada da aplicação do FCPA por meio da valorização destes programas e do seu uso, seja para como atenuante da responsabilidade empresarial (Art. 7, VIII da Lei Anticorrupção), seja como parte da pena aplicada nos acordos celebrados¹³⁸. Daí a importância de investigar as origens do instituto e o que explicaria a sua ascensão que, para a percepção de alguns, ocorreu de forma mais repentina do a realidade indica.

Apesar do incentivo, há dúvidas sobre a qualidade e eficácia dos programas de compliance implementados no país, como atestado pela KPMG em relatório recente¹³⁹, e pelos últimos escândalos de corrupção. JBS e Odebrecht, envolvidas nos maiores casos de corrupção da história do país, tinham programas de compliance implementados na época em que praticaram os crimes. Tais programas revelaram-se extremamente frágeis, principalmente diante do porte e relevância das empresas¹⁴⁰.

Tal situação pode decorrer de vários fatores que não foram objeto deste artigo, mas o que parece ser unânime, seja pela narrativa

138 Ver, por exemplo, o caso da Odebrecht em que no acordo de leniência celebrado com o MPF foi incluído que a empresa se comprometia a implantar ou aprimorar seu programa de integridade e a sujeitar-se à supervisão de um monitor independente (cláusula 6^a, VIII e IX), tal como ocorre no EUA.

139 KPMG. **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil**. 3 ed. São Paulo: KPMG Brasil International, 2018. Disponível em <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>> Último acesso em 2 out. 2023.

140 Na Odebrecht, por exemplo, empresa que em 2015 contava com 276 mil empregados, conforme informações divulgadas pela própria empresa, apenas 30 deles eram destinados à área de compliance. Número extremamente desproporcional, principalmente em consideração ao fato de que a empresa tinha como principal atividade a construção de obras públicas. O mesmo ocorreu com a JBS, maior produtora de proteína animal do mundo, companhia de capital aberto pertencente ao Novo Mercado, segmento com nível mais elevado de governança corporativa da bolsa de valores brasileira. Desde então a empresa tinha um programa implementado, que se revelou um programa de fachada diante das descobertas feitas em 2017. Após a celebração de acordo de leniência com Ministério Público Federal, a JBS se comprometeu a mudar a governança interna, criando um novo comitê de compliance.

aqui apresentada, seja pela observação da adoção em larga escala do instituto pela lei e prática jurídica brasileira, é a sua importância no controle da corrupção local e transnacional. Ainda que o estudo da sua aplicação e evolução no cenário internacional guarde limitações quando transpostos a outras realidades, não há dúvidas de que estudá-los pode trazer ganhos relevantes à realidade local. Estudá-los torna-se, portanto, oportunidade para contribuir para o aperfeiçoamento do seu uso a partir da identificação de lacunas e do exemplo do que funcionou, ou não, em outras jurisdições. Neste ponto, o estudo do contexto em que os programas de compliance surgiram e se fortaleceram é relevante para identificação da origem das suas principais características, ganhos e fragilidades. O horizonte, contudo, permanece aberto para aqueles que desejam contribuir.