



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

RAÍSSA MAMEDE LINS BRASILIENSE

**A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS PELA
IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL**

Brasília, 2019.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Raíssa Mamede Lins Brasiliense

A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS PELA
IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.
Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares
Martins Rivera

Brasília, 2019.

TERMO DE APROVAÇÃO

Raíssa Mamede Lins Brasiliense

A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS PELA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares
Martins Rivera

Brasília, 6 de dezembro de 2019.

Professora Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera,
Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo
Professora Orientadora

Professora Dra. Ana de Oliveira Frazão,
Membro da banca examinadora

Professor Eric Hadmann Jasper,
Membro da banca examinadora

Professor Dr. Thiago Luís Santos Sombra,
Suplente da banca examinadora

Resumo

A partir da verificação da importância do *compliance* para a autorregulação econômica e criação de um ambiente de mercado de conformidade com o ordenamento jurídico concorrencial, pretende-se analisar os incentivos concedidos por autoridades internacionais e nacionais para fomentar sua adoção por pessoas jurídicas privadas. Desse modo, serão apresentadas decisões e normas que consideram a instauração e manutenção de programas *compliance* robustos e eficazes causa excludente da responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários. Serão identificados padrões na argumentação adotada pelas diversas autoridades apresentadas, e, assim, pretende-se demonstrar de que forma tais argumentos são aplicáveis ao ordenamento concorrencial brasileiro. A concessão de imunidade a pessoas jurídicas que investem em programas de *compliance*, além de representar incentivo real para que a sociedade se beneficie de um ambiente de mercado íntegro, garante o estrito cumprimento do devido processo legal e do princípio da pessoalidade da sanção.

Palavras-chave: Direito da concorrência. *Compliance*. Programas de integridade. Incentivos. Responsabilidade de pessoas jurídicas.

Abstract

Building upon the importance of compliance for economic self-regulation and the creation of a market environment that complies with the antitrust legal system, the incentives granted by international and national authorities to foster the adoption of these systems by private entities will be analyzed. Thereby, the decisions and standards used by authorities who considers the installation and maintenance of robust compliance programs sufficient to exclude the liability of legal entities will be studied. Patterns of argumentation of various authorities will be identified, and, thus, the suitability of these arguments in the Brazilian antitrust legal system will be explored. Granting immunity to legal entities who invests in compliance programs can encourage self-regulation, spare resources of the economic defence authority and ensure that the due process of law is respected.

Keywords: Antitrust. Compliance. Compliance program. Enforcement. Corporate liability.

SUMÁRIO

<u>Lista de siglas</u>	7
<u>Introdução</u>	8 a 11
<u>1. Experiência internacional - O <i>compliance</i> como circunstância excludente da responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários</u>	11
<u>1.1. Análise do caso Garth Peterson, funcionário da Morgan Stanley, nos Estados Unidos</u>	11 a 19
<u>1.2. Análise do caso James Staley, CEO do Banco Barclays, no Reino Unido</u>	19 a 26
<u>1.3. Síntese dos fundamentos usados para responsabilizar exclusivamente as pessoas físicas envolvidas</u>	27 a 30
<u>2. Diretrizes oficiais que reconhecem o <i>compliance</i> como atenuante ou excludente da responsabilidade de pessoas jurídicas</u>	30 e 31
<u>2.1. O UK Bribery Act e o caso Skansen Interiors</u>	31 a 37
<u>2.2. Atuação da CVM - Concessão de imunidade a investigados em razão da adoção de mecanismos de <i>compliance</i></u>	37 a 41
<u>2.3. Jurisprudência nacional antitruste e anticorrupção - O <i>compliance</i> como atenuante da penalidade</u>	42 a 46
<u>2.4. Análise dos incentivos adotados para fomentar a implementação de mecanismos de <i>compliance</i></u>	46 a 49
<u>3. Aplicabilidade do <i>compliance</i> como excludente de responsabilidade no direito concorrencial brasileiro</u>	49 e 50
<u>3.1. O ordenamento concorrencial brasileiro e suas relações com o <i>compliance</i></u>	50 a 56
<u>3.2. Adequação dos argumentos usados para conceder imunidade às pessoas jurídicas ao ordenamento brasileiro</u>	56 a 64
<u>3.3. Garantia da segurança jurídica - clareza dos requisitos para um <i>compliance</i> eficaz e robusto</u>	64 a 68
<u>Conclusão</u>	69 a 71
<u>Referências bibliográficas</u>	71 a 78

Lista de siglas

AGU:	Advocacia-Geral da União
CADE:	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEO:	<i>Chief Executive Officer</i> – Diretor executivo
CGU:	Controladoria-Geral da União
CVM:	Comissão de Valores Mobiliários
CPS:	<i>Crown Prosecution Service</i> – Principal órgão do Reino Unido destinado a investigar e processar crimes
FCA:	<i>Financial Conduct Authority</i> – Autoridade de controle financeiro do Reino Unido
FCPA:	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> – Lei dos Estados Unidos de combate à corrupção internacional
LDC:	Lei de Defesa da Concorrência
PRA:	<i>Prudential Regulation Authority</i> – Órgão regulador do sistema financeiro no Reino Unido
SFO:	<i>Serious Fraud Office</i> – Departamento do governo do Reino Unido responsável por investigar e processar atos corruptos ou fraudulentos
SG/CADE:	Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
TCC:	Termo de Compromisso de Cessação
UKBA:	<i>United Kingdom Bribery Act</i> – Lei anticorrupção do Reino Unido

Introdução

O *compliance* é um mecanismo de autorregulação baseado na criação de sistemas internos à pessoa jurídica que se direcionam a assegurar o cumprimento, a conformidade e a execução da Lei¹. Nas palavras de Mendes, “um programa de *compliance* visa a estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema”².

Com efeito, a importância do incentivo a programas de *compliance* tem sido identificada como fator crucial para a criação de um ambiente empresarial de maior conformidade com o ordenamento jurídico, mediante a redução dos recursos estatais direcionados à fiscalização, processamento e punição de infrações. Tal circunstância fica ainda mais clara quando se percebe que o Estado, por meio da aplicação de multas e da heterorregulação, não é capaz de, por si só, garantir um ambiente regulado isento de práticas lesivas ao mercado³.

Além disso, o crescente valor das penalidades aplicadas pelas autoridades concorrenciais do Brasil e do mundo faz com que a temática do *compliance* ganhe relevância no debate empresarial e público. Os entes privados se interessam em razão da possibilidade de que o investimento em tais mecanismos garanta a redução dos riscos de que sejam envolvidos em infrações. Os entes reguladores, por sua vez, procuram formas de incentivar a autorregulação, considerando que a criação de um ambiente de mercado de respeito voluntário à legalidade garante benefícios aos entes regulados, aos entes reguladores e aos demais integrantes do mercado, como terceiros, investidores, consumidores e parceiros comerciais.

Desse modo, o que se pretende com o presente trabalho é explorar a questão do incentivo estatal à adoção de mecanismos de *compliance*, mais especificamente, a possibilidade de que a implantação e manutenção de programa de integridade concorrencial

¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fls. 201 e 202.

² Mendes, Francisco Schertel. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora. 2017. Fl. 31.

³ ATHAYDE, Amanda. FRAZÃO, Ana. Leniência, compliance e o paradoxo do ovo ou da galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Fls. 307 e 308.

robusto e eficaz exclua a responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários.

Para isso, serão analisadas decisões e normas, internacionais e nacionais, em que há a concessão de imunidade punitiva a pessoas jurídicas que possuem programas de *compliance* considerados eficazes, a fim de identificar a aplicabilidade da interpretação utilizada ao ordenamento concorrencial brasileiro. Ressalte-se, no entanto, que não foram identificados casos em que a exclusão da responsabilidade ocorreu no âmbito de sistema de defesa da concorrência.

Com efeito, nenhum dos casos analisados aborda a questão específica do *compliance* concorrencial como excludente de responsabilidade. Isso porque, no direito concorrencial comparado, os programas de *compliance* são usados tão somente para reduzir a pena à qual a pessoa jurídica será submetida. Já em outras searas, como a do direito anticorrupção, o *compliance* vem sendo usado com mais frequência para excluir a responsabilidade da pessoa jurídica, mediante a punição exclusiva da pessoa física⁴. É por isso que a maior parte das hipóteses aqui analisadas ocorreram no âmbito de ordenamentos jurídicos anticorrupção.

Assim, no capítulo 1, serão analisados os únicos casos identificados no contexto internacional em que houve a exclusão da responsabilidade de pessoas jurídica em razão da adoção de mecanismos de *compliance*. No ponto, tais casos ocorreram no âmbito de ordenamentos jurídicos em que não há a previsão explícita do *compliance* como circunstância excludente da responsabilidade, de modo que as decisões dependeram de argumentos e interpretações que as autoridades deram às normas aplicadas.

Dessa maneira, na seção 1.1., será analisada a decisão tomada no âmbito da normativa FCPA, em que foi concedida imunidade à pessoa jurídica Morgan Stanley pelo ilícito cometido pelo funcionário Garth Peterson. Na seção 1.2., será apresentada a decisão tomada pela FCA e pela PRA, em que também houve a exclusão da responsabilidade do Banco Barclays por ilícito cometido pelo seu CEO, James Staley. Após, na seção 1.3., serão analisados os principais argumentos adotados pelas autoridades para a exclusão da responsabilidade, buscando pontos de convergência e divergência entre ambos os casos.

No capítulo 2, por sua vez, serão analisadas diretrizes oficiais que reconhecem o *compliance* como atenuante ou excludente da responsabilidade de pessoas jurídicas e decisões tomadas no âmbito de aplicação de tais normativas. Verifica-se a tendência mundial do incentivo a tal mecanismo de autorregulação, seja mediante a criação de obrigação impositiva

⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas. São Paulo, Saraiva, 2017. Fl. 282 e 283.

à adoção do *compliance*, seja mediante a concessão de benefícios distintivos aos entes regulados que o adotam voluntariamente.

Assim, na seção 2.1., será apresentada a norma anticorrupção do Reino Unido, denominada UKBA, que prevê explicitamente que a adoção do *compliance* pode constituir defesa passível de excluir a responsabilidade de pessoas jurídicas. Ainda, será analisado o primeiro caso em que tal defesa foi invocada. Na seção 2.2, serão apresentadas decisões tomadas no âmbito nacional pela CVM, em que, por diversas vezes, foi excluída a responsabilidade dos agentes por conta do programa de *compliance* instituído pela pessoa jurídica, bem como a normativa sob a qual tais decisões foram tomadas.

Ainda no capítulo 2, na seção 2.3., será apresentada a forma como o CADE e a CGU têm tratado a adoção de mecanismos de *compliance*, mediante a concessão de redução das penas aplicadas, e o seu contraste com as demais autoridades que permitem, inclusive, a exclusão da responsabilidade. Já na seção 2.4., será sistematizada a análise dos incentivos adotados pelas autoridades estudadas para fomentar a implementação de mecanismos de *compliance*, mediante, novamente a verificação dos pontos de convergência e divergência.

No capítulo 3, serão apresentados os pressupostos básicos do controle de condutas do ordenamento concorrencial brasileiro e as suas relações com o *compliance* (3.1.), e, a partir disso, será demonstrado que os fundamentos que levaram as autoridades dos capítulos anteriores a considerarem o *compliance* como causa excludente da responsabilidade se adequam ao ordenamento concorrencial brasileiro (3.2.). Na seção 3.3., será exposta a importância da garantia de segurança jurídica às pessoas jurídicas que pretendem investir em programas de *compliance* concorrencial.

Ressalte-se, por fim, que não está no escopo do presente trabalho a análise do aspecto ressarcitório do ordenamento concorrencial, mas tão somente da função repressiva e sancionatória do aparato regulatório. Com efeito, reconhece-se que sempre que a pessoa jurídica obtém vantagem indevida a partir de ato cometido por indivíduos será cabível a restituição ao estado anterior ao ato ilícito⁵. Tal fato não se relaciona à impossibilidade de

⁵ Nesse sentido, dispõe Osório: “O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmo termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente.

De fato, medidas ressarcitórias, ainda que dotadas de finalidades intimidatórias, não podem, pura e simplesmente, ser tratadas como sanções administrativas.” OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Fl. 114.

punição da pessoa jurídica por ato cometido por funcionário quando existem mecanismos de *compliance* eficazes e robustos.

1. Experiência internacional - O *compliance* como circunstância excludente da responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários.

A exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários, em virtude da responsabilização exclusiva das pessoas físicas, pode ser observada em alguns casos paradigmas na experiência internacional.

Para o presente trabalho, faz-se necessária a análise de tais casos, a fim de verificar eventuais tendências do uso do *compliance* como excludente de responsabilidade e identificar os fundamentos usados para tanto. Assim, será procedida a análise de dois casos: o caso Garth Peterson, funcionário da empresa Morgan Stanley que cometeu ilícito punível em face da normativa do Foreign Corrupt Practices Act - FCPA, nos Estados Unidos (1.1.); e o caso da infração cometida por James Staley, CEO do Banco Barclays, em que, além da responsabilização exclusiva, foi evitada a sua destituição do cargo (1.2.).

É importante destacar que os casos analisados foram os únicos em que o *compliance* assegurou imunidade à pessoa jurídica no contexto internacional. Além disso, enquanto o caso analisado na seção 1.1. ocorreu em um contexto em que a diretriz institucional do órgão julgador aponta no sentido da possibilidade de concessão de imunidade em caso de implementação de programa de *compliance* robusto, o caso da seção 1.2. se assemelha ao ordenamento brasileiro. Isso porque, embora existam fundamentos legais aptos a responsabilizar a pessoa jurídica, a corte, por meio de esforço interpretativo, responsabilizou exclusivamente a pessoa física.

Desse modo, pretende-se iniciar a análise acerca de até que ponto as autoridades consideram que o programa de *compliance*, e, conseqüentemente, a pessoa jurídica deve ser responsabilizada por ilícitos cometidos em detrimento de suas recomendações e treinamentos expressos.

1.1. Análise do caso Garth Peterson, funcionário da Morgan Stanley, nos Estados Unidos.

A Corte do Distrito de Nova York, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, condenou, em 28 de agosto de 2012, Garth Peterson, funcionário da Morgan Stanley que ocupou diversos cargos de direção, pela prática de condutas contrárias ao que estatui o

Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Ao tempo da infração, Peterson ocupava a posição de diretor geral da filial da empresa situada em Xangai - China.

O caso ganhou relevância pois a autoridade tornou pública a decisão de não processar a empresa Morgan Stanley, mas tão somente a pessoa física responsável pela infração, e usou como fundamento para essa decisão a existência de um programa de *compliance* robusto institucionalizado na pessoa jurídica. Esse é um caso notório pois o Departamento de Justiça dos EUA não costuma divulgar informações sobre os casos das pessoas jurídicas que têm declinado a pretensão persecutória em seu favor, a fim de garantir a sua privacidade⁶.

A conduta ilícita consistiu no uso da influência pessoal que Peterson possuía junto a um representante do governo da China para simular, perante a Morgan Stanley, que o governo chinês detinha controle sobre a empresa Asiasphere que, na realidade, era controlada por si e mais dois indivíduos. Assim, Peterson convenceu a Morgan Stanley a negociar com a empresa Asiasphere, consolidando uma venda a um preço abaixo do de mercado. Desse modo, Peterson e os outros dois controladores da Asiasphere obtiveram vantagem ilícita, mediante deliberada e repetida simulação em face da Morgan Stanley.

Desse modo, após investigações sobre o ilícito cometido, Peterson confessou o cometimento da infração perante a Corte da Justiça Federal dos Estados Unidos, narrando que a conduta ilícita consistiu em praticar simulações tendentes a burlar os controles de conformidade de conduta internos da Morgan Stanley. Inclusive, Amy J. Conway-Hatcher, ao analisar o caso, concluiu que o fato de Peterson ter confessado o cometimento da infração de violação ao *compliance* da empresa, ao invés de confessar o crime de corrupção, parece ter conduzido a Justiça americana a isentar a responsabilidade da pessoa jurídica⁷.

Ressalte-se que a legislação da FCPA é destinada à punição tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica. Nesse sentido, a pessoa jurídica será responsabilizada sempre que o ato ilícito for praticado por um funcionário que esteja no exercício de suas funções e com a intenção de, ao menos parcialmente, beneficiar a empresa. Sob esse prisma, o caso Morgan Stanley é visto como uma exceção a esta regra, haja vista que a empresa “conseguiu

⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. 77. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

⁷ CONWAY-HATCHER, Amy J. The big three FCPA lessons from the Morgan Stanley case, Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 11/07/2012. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e8b770f4-311c-46f8-ac4a-3d3facff075b>

demonstrar ao Departamento de Justiça que as más práticas violadoras da FCPA cometidas isoladamente por um diretor não representavam falha no *compliance* da empresa”⁸.

A primeira seção da norma FCPA impõe às empresas sujeitas à sua regulação a obrigação de instaurar um sistema de controles internos que engloba o envio de relatórios periódicos que atestem a regularidade de suas transações e a criação de mecanismos que garantam o cumprimento das normas de *compliance*. Desse modo, a manutenção de um programa de *compliance* é crucial para que uma empresa cumpra sua obrigação de manter controles internos⁹, haja vista que a FCPA estatui que “nenhuma pessoa poderá sabidamente burlar ou deixar de implementar um sistema de controles internos de contabilidade ou sabidamente falsificar qualquer livro, conta ou registro contábil descrito no parágrafo”¹⁰.

Para dar efetividade à determinação de implementação de programas de *compliance* pelas empresas, o Departamento de Justiça, quando da redação do Guia sobre as regras FCPA, expôs que a verificação da eficácia do sistema interno será levada em consideração quando da decisão em empreender ações persecutórias em face da conduta ilícita verificada. No ponto, estatui que “em circunstâncias apropriadas, o Departamento de Justiça irá se recusar a empreender ações persecutórias contra uma empresa que detém um programa de *compliance* efetivo, ou, em outros casos, poderá conceder um prêmio à empresa, mesmo quando o programa de *compliance* não foi capaz de evitar a ocorrência da infração à FCPA específica que deu origem à investigação”¹¹. No ponto, o Departamento de Justiça reconhece que a ocorrência de uma infração isolada no âmbito de uma empresa não significa que o seu programa de *compliance* não era substancialmente efetivo.

Com efeito, a decisão narra que a Morgan Stanley tinha um programa de *compliance* bem estruturado destinado, dentre outros, ao atendimento das determinações da FCPA, que incluía frequente treinamento dos funcionários e um sistema de aprovação de pagamentos que pretendia impedir a ocorrência de transações irregulares¹². Os procedimentos de *compliance*

⁸ VENTURINI, Otavio, CARVALHO, André Castro, MORELAND, Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Act (FCPA). Manual de *Compliance*. Coordenação: CARVALHO, André Castro, ALVIM, Tiago Cripa, BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho, VENTURINI, Otavio. Rio de Janeiro. Forense, 2019. Fl. 340.

⁹ UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. 40. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

¹⁰ Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), 1977. Código Federal dos EUA. 15 U.S.C. §§ 78m, e seguintes. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>

¹¹ UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. 56. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

¹² USA, United States District Court Eastern District of New York. Information n° 12-224 (JBW). Fl. 5

da empresa estavam em constante revisão e aprimoramento, o que fica evidenciado pelo rápido crescimento da equipe pessoal dedicada a essa área. Além disso, os profissionais de *compliance* possuíam contato direto e regular com a direção executiva da empresa.

O programa de *compliance* não se exauria nos treinamentos, declarações formais de cumprimento das determinações, e fornecimento de serviços consultivos. Várias medidas fiscalizatórias eram tomadas frequentemente, como o controle de transações de clientes e funcionários, a auditoria de funcionários selecionados aleatoriamente em grupos de risco, a análise de relatórios de despesas a fim de detectar irregularidades, e a disponibilização de um canal de denúncias gratuito. Ainda, a empresa possuía funcionários do grupo de *compliance* especializados em certas regiões, como a China, a fim de identificar com maior clareza os riscos peculiares de cada localidade¹³.

Destaca-se o fato de que, no período em que foi detectada a ocorrência da infração, o setor de *compliance* da empresa concedeu 54 (cinquenta e quatro) treinamentos em grupo para funcionários situados na Ásia e, mais especificamente, entregou pelo menos 35 (trinta e cinco) lembretes a Peterson e o treinou diretamente pelo menos 7 (sete) vezes em relação às regras de anticorrupção e da FCPA¹⁴. Mais ainda, a empresa requereu que Peterson atestasse o cumprimento das regras por escrito e arquivou estes documentos. Outro fator relevante na política de *compliance* da empresa é a sua constante revisão, a fim de manter-se atualizada e capaz de evitar, de fato, a ocorrência de infrações¹⁵.

No ponto, o programa de *compliance* estabelecido atendia às recomendações do Guia sobre as regras FCPA, em que são dispostos requisitos para que o sistema interno seja considerado robusto. De início, o Departamento de Justiça destaca o fato de que o programa de *compliance* deverá atender às necessidades específicas de cada empresa, de modo que os demais parâmetros são apenas diretrizes que conduzem à maior probabilidade de que o *compliance* seja eficaz. Os parâmetros indicados são: (i) envolvimento da alta direção da empresa e uma política interna clara; (ii) manutenção de um código de conduta com diretrizes de *compliance* e seus procedimentos; (iii) criação de um órgão autônomo responsável pelo *compliance*, em que haja o aporte proporcional de recursos; (iv) análise de riscos para a adequação do *compliance* à realidade da empresa; (v) periódico treinamento dos funcionários da empresa; (vi) criação de sistema persecutório interno à empresa, incluindo medidas punitivas; (vii) evitar a realização de negócios com sujeitos envolvidos em infrações; (viii)

¹³ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 6

¹⁴ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 7

¹⁵ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 9

implementação de sistema de denúncias anônimas; (ix) revisão e monitoramento constante do programa¹⁶.

Desse modo, a infração se deu em verdadeira burla às diretrizes de *compliance* da empresa. Na intenção de retribuir um favor que o funcionário governamental chinês lhe concedeu, que culminou no fechamento de um negócio importante para a empresa, Peterson, sem o conhecimento nem o consentimento dos seus superiores, conseguiu que o indivíduo chinês comprasse um valioso bem por um valor bem abaixo do de mercado. Nesse negócio fraudulento, Peterson também foi beneficiário¹⁷.

Assim, Peterson foi condenado às penalidades de 9 (nove) meses de prisão e \$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) de multa, duas vezes seu ganho bruto com a ofensa. Além disso, teve que restituir os valores embolsados direta ou indiretamente com a conduta, de \$ 3.667.713,00 (três milhões, seiscentos e sessenta e sete mil setecentos e treze dólares), a fim de evitar o seu enriquecimento ilícito. Já a pessoa jurídica, Morgan Stanley, ficou isenta de qualquer responsabilidade ou mesmo de qualquer ação persecutória.

Com efeito, o Guia sobre as regras da FCPA, estabelece que a decisão da autoridade em não realizar ações persecutórias em face de um agente deverá levar em conta diversos aspectos, dentre os quais se destacam, para a presente análise, (i) as particularidades de fato e circunstância envolvendo a infração; (ii) a natureza e a gravidade da violação; (iii) o efeito dissuasivo da acusação; (iv) a culpabilidade da pessoa em conexão com a violação; (v) a disposição da pessoa em cooperar com a investigação ou acusação de outras pessoas; (vi) o grau de difusão da violação no contexto empresarial; (vii) a existência de um programa de *compliance* robusto e preexistente à infração¹⁸.

O Departamento de Justiça, por intermédio do seu setor de relações públicas, afirmou que “depois de considerar todos os fatos e circunstâncias do caso, em especial o fato de que a Morgan Stanley construiu e mantém um sistema de controles internos que fornece garantias suficientes de que seus funcionários não cometam suborno de integrantes de governos, o

¹⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. 57 a 62. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

¹⁷ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 13

¹⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

Departamento de Justiça decidiu não intentar qualquer ação punitiva contra a Morgan Stanley”¹⁹.

Desse modo, fica claro que, dentre os fatores passíveis de levarem à decisão de não persecução da conduta citados acima, os que foram considerados pela autoridade foram as circunstâncias de fato da infração, a cooperação da pessoa jurídica com a investigação, a prática do comportamento ilícito por um único funcionário e a existência de um programa de *compliance* robusto e preexistente à infração.

Com efeito, para isentar a pessoa jurídica de responsabilidade pelo ilícito cometido, a Corte levou em consideração que Peterson cometeu a conduta com dolo, deliberadamente fraudando os sistemas internos de *compliance* e mentindo, por diversas vezes, acerca de informações questionadas diretamente pelo setor competente. Peterson intencionalmente burlou o sistema de *compliance* da empresa, e deixou documentadas as afirmações mentirosas que proferiu a fim de consumir a transação que garantiria vantagem ilícita para si e para o beneficiário integrante do governo chinês.

Portanto, nenhuma responsabilidade pode ser detectada do comportamento da pessoa jurídica, por meio do seu setor de *compliance*. O fato, exposto na decisão em análise, de que por diversas vezes Peterson afirmou e confirmou que o destinatário da transação ilícita não era o seu amigo pessoal integrante do governo chinês, demonstra a preocupação do setor de *compliance* em garantir a higidez da transação, sabendo que eventual venda ao funcionário chinês poderia configurar um delito previsto no regulamento da FCPA.

Ainda assim, Peterson mentiu sobre a identidade do comprador questionado, garantindo, explicitamente, que não se tratava do funcionário chinês e nem de si mesmo, enviando diversos e-mails que ficaram documentados e foram usados como provas para a sua condenação. Em outras palavras, apesar da preocupação legítima da empresa Morgan Stanley em assegurar que a operação fosse realizada em conformidade com as regras da FCPA, Peterson acabou conseguindo realizar a transação ilícita, haja vista e tão somente em razão das falsas alegações que levaram a pessoa jurídica a crer que não havia irregularidade. Se não fosse o estruturado sistema de mentiras elaborado por Peterson, a transação certamente não teria ocorrido.

Por outro lado, apesar de a FCPA prever a responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica²⁰, a decisão em nenhum momento tratou de aspectos de culpa. Ao contrário, focou e

¹⁹ Office of Public Affairs, Department of Justice. Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA. 25/04/2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>

limitou sua análise às peculiaridades da conduta ilícita e da conduta do setor de *compliance*. Apontou, assim, que a conduta ilícita foi de encontro aos interesses da pessoa jurídica, os quais são refletidos pela política de *compliance* instituída²¹.

Verifica-se, portanto, que a Corte considerou que inexistia conduta, por parte da pessoa jurídica, passível de punição, haja vista que a conduta ilícita foi cometida em detrimento de suas expressas determinações e de seus interesses. Logo, há raciocínio tendente a não permitir a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica por um comportamento contrário aos seus interesses, ainda que cometido por um funcionário.

Desse modo, é possível verificar que a decisão não chegou sequer à análise dos aspectos de culpa da pessoa jurídica, focando na existência ou não de um programa de *compliance* robusto previamente instituído e, conseqüentemente, na inexistência de conduta reprovável e punível e denexo de causalidade.

Um ponto peculiar do caso concreto refere-se ao fato de que a empresa, assim que tomou conhecimento da conduta, imediatamente iniciou investigações internas, demitiu Peterson, reportou todo o ocorrido à Corte e contribuiu com a persecução do caso. Além disso, destaca-se que a Corte não apontou nenhuma falha ou inconsistência grave no programa de *compliance* da empresa. Ainda assim, a empresa tomou medidas para reforçar os mecanismos e torná-los ainda mais seguros e eficazes.

Em síntese, a decisão da Corte levou em consideração que o programa de *compliance* já estava instituído ao tempo da infração, era efetivo, tinha suporte da cúpula da empresa e passava por constantes revisões²². Desse modo, considerou-se que Peterson cometeu a conduta ilícita consciente da preocupação da pessoa jurídica em obedecer às regras da FCPA, e tomando medidas deliberadas a fim de burlar o sistema instituído. Após tomar conhecimento da ocorrência da infração, a preocupação da pessoa jurídica em respeitar as regras foi novamente demonstrada pela imediata denúncia do fato à autoridade e pela adoção de medidas tendentes a reforçar o sistema preexistente.

²⁰ O Guia sobre as normas FCPA dispõe que “não é exigida, para responsabilização civil ou criminal da pessoa jurídica, prova da ciência de que a conduta é ilícita, embora seja exigida a prova da intenção de corromper”. UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Fl. 57 a 62. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

²¹ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 15

²² CONWAY-HATCHER, Amy J. The big three FCPA lessons from the Morgan Stanley case, Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 11/07/2012. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e8b770f4-311c-46f8-ac4a-3d3facff075b>

Essa situação fática foi capaz de convencer a Corte de que Peterson agiu contra os interesses da empresa, de modo que a responsabilidade por sua conduta não pode ser atribuída à pessoa jurídica.

Corroborando para isso a circunstância de que não houve benefício econômico para a pessoa jurídica e que não havia vantagem ilícita passível de reparação, a não ser aquela auferida por Peterson. Ocorre que, apesar de ter sido esse o cenário considerado pela Corte, a narrativa fática aponta que o contato de Peterson com o funcionário chinês introduziu a empresa a oportunidades importantes de negócios, mediante o auxílio para a obtenção de autorizações e licenças oficiais²³.

Desse modo, é de se considerar a possibilidade de que a Corte tivesse adotado o posicionamento contrário: entender que a conduta ilícita, apesar de não ter seguido as diretrizes do setor de *compliance*, atendeu a interesses da pessoa jurídica e lhe trouxe vantagens, ainda que sem o seu consentimento expresso. No ponto, lembre-se que a norma FCPA determina a punição da pessoa jurídica por atos cometidos por seus funcionários em seu benefício direto ou indireto.

Assim, não fosse a imunidade garantida em caso de instauração de mecanismo de *compliance*, haveria maior probabilidade de punição da empresa nesse caso. A decisão de isentar a pessoa jurídica de responsabilidade pela conduta ilícita, portanto, a valorização das diretrizes apontadas pela empresa como sendo de seu legítimo interesse, de modo que a conduta contrária ao *compliance* não seja considerada benéfica, direta ou indiretamente, à empresa.

Outra circunstância distintiva do caso é a de que Peterson, ao confessar o cometimento da infração, enquadrando seu comportamento como a burla aos controles internos de conformidade de condutas. Ao não admitir, de pronto, o cometimento de infrações de corrupção previstas pela FCPA, mas sim a tentativa de burlar o sistema tendente a assegurar o cumprimento dessas regras, Peterson direcionou a atuação da Corte.

A decisão da Corte deixou claro o entendimento de que mesmo empresas que adotam um programa de *compliance* considerado robusto e isento de insubsistências podem enfrentar o cometimento de um ilícito por um funcionário considerado uma “maçã podre”, que não espelha os princípios da empresa e nem o padrão dos seus funcionários. Nesse sentido, o ilícito adveio de uma conduta isolada no contexto empresarial. Assim, a Corte deixou de tomar medidas persecutórias em face da pessoa jurídica por considerar que existia um sistema

²³ USA, United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). Fl. 9

de controle interno “que fornece garantias razoáveis de que seus funcionários não irão cometer ilícitos previstos pela FCPA”²⁴.

Crucial é também o fato de que a publicização da decisão de não responsabilizar a pessoa jurídica em razão do *compliance* teve como finalidade a criação de um ambiente de maior transparência à atuação da Corte em relação às regras da FCPA²⁵. Tal intenção, destinada a facilitar o controle interno para empresas que desejam cumprir a regras da FCPA, expressa a valorização de mecanismos de *compliance* que não são estruturados apenas para criar uma “fachada” de conformidade.

Nesse ponto, por meio da adoção de medidas fiscalizatórias, que levaram à primeira identificação do cometimento da conduta, e persecutórias, consistentes na investigação interna e colaboração com a persecução oficial, o setor de *compliance* pôde demonstrar a sua efetividade mesmo após a ocorrência da conduta contrária aos seus princípios²⁶. A valorização desse comportamento pela autoridade indica, para outras empresas tendentes a agir corretamente, que a criação de um sistema de controle interno robusto pode demonstrar a existência de princípios de *compliance* tão ínsitos à cultura da empresa que apenas os comportamentos que o espelham serão considerados por ela cometidos.

Assim, mesmo que cometidos por funcionários da empresa, os comportamentos que contrariem os princípios de *compliance* da pessoa jurídica poderão ser considerados violações ao seu sistema, haja vista a inviabilidade de cobrar que o setor competente possa evitar a atuação de indivíduos que deliberadamente pretendem violar os estruturados e difundidos mecanismos de controle²⁷.

1.2. Análise do caso James Staley, CEO do Banco Barclays, no Reino Unido.

O caso James Staley, julgado, em 11 de maio de 2018, pela FCA - Financial Conduct Authority e pela PRA - Prudential Regulation Authority, no Reino Unido, ganhou grande

²⁴ Office of Public Affairs, Department of Justice. Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA. 25/04/2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>

²⁵ BREUER, Lanny A. Department of Justice. Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the American Conference Institute’s 28th National Conference on the Foreign Corrupt Practices Act. Fort Washington, MD. 16/11/2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-american-conference-institute-s-28th>

²⁶ BREUER, Lanny A. Department of Justice. Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the American Conference Institute’s 28th National Conference on the Foreign Corrupt Practices Act. Fort Washington, MD. 16/11/2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-american-conference-institute-s-28th>

²⁷ STEPHAN, Andreas. Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust *Compliance* Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels. ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia. 07/2009. Fl. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340

repercussão por dois motivos. Primeiro, pelo fato de que apenas o Diretor Executivo (CEO) do Banco inglês Barclays foi punido pela conduta ilícita cometida, e segundo, pelo fato de que este CEO, apesar de punido, não foi destituído de seu cargo na empresa.

Com efeito, a conduta consistiu na interferência de Staley no processo de persecução interna do Banco, buscando identificar o autor de cartas anônimas enviadas à empresa denunciando supostas irregularidades na contratação de um funcionário. Staley infringiu, assim, a regra de conduta individual nº 2 do código de conduta emitido pela FCA, que determina que o CEO deve agir com perícia, cuidado e diligência. As cartas recebidas citavam irregularidades, inclusive, em relação a Staley, de modo que o seu interesse pessoal em descobrir quem as enviou prevaleceu sobre o interesse da empresa.

Isso porque, a equipe de Investigações e Denúncias do Banco, responsável pela triagem das denúncias anônimas recebidas, tratou as cartas como advindas de *whistleblowers*, ou seja, como relatos legítimos sobre possíveis condutas inapropriadas ocorridas no interior da empresa, quais sejam, aquelas contrárias aos valores e costumes da Barclays e relacionadas a transgressões ou comportamentos antiéticos²⁸. Por serem tratadas dessa forma, as cartas deveriam ter seu conteúdo investigado pela equipe de Investigações e Denúncias, ente integrante do Grupo de *Compliance* do Banco²⁹.

O procedimento padrão de *compliance* da empresa partia do pressuposto de que qualquer denúncia recebida pela equipe de Investigações e Denúncias deveria ser tratada anonimamente, haja vista a necessidade de fortalecimento da política interna de *compliance* sem a criação de um ambiente de ameaça para aqueles que desejassem reportar alguma irregularidade. As únicas exceções ao tratamento anônimo do denunciante seriam os casos em que a equipe de Investigações e Denúncias considerasse, após a triagem inicial, que as alegações do denunciante eram falsas e tinham finalidades maliciosas, hipótese na qual seria possível a tentativa de identificação da identidade do remetente do documento e sua punição.³⁰

Desse modo, havia uma presunção de veracidade das alegações enviadas a título de denúncias anônimas que reportavam irregularidades como, por exemplo, violações de regras,

²⁸ Eric Jasper (apud BROWN, 2014, p. 71) apresenta o termo whistleblower de acordo com a conceituação cunhada por Granville King, no sentido de que “whistleblowers são membros da organização (incluindo ex-membros e candidatos a emprego) que apresentam informações sobre práticas ilegais, imorais ou ilegítimas (incluindo omissões) sob o controle de seus empregadores, para pessoas ou organizações que podem agir”. JASPER, Eric Hadmann. Transplantes Jurídicos - A Introdução do Instituto do Whistleblower. Revista Fórum de Ciências Criminais, v. 6, nº 11 jan/jun. Fls. 105 a 125. 2019.

²⁹ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 10

³⁰ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 12

políticas ou procedimentos da empresa, bem como comportamentos potencialmente prejudiciais à sua reputação. É importante ressaltar, também, que dentre as principais atribuições da equipe de Investigações e Denúncias estava a concessão de suporte e proteção àqueles funcionários que reportassem irregularidades e, em especial, à preservação de suas identidades³¹.

Com efeito, a política interna da empresa sobre denúncias anônimas, ao tempo do cometimento da infração, era aplicável a todos os seus funcionários, e tinha como princípio primordial a garantia de que os funcionários se sentissem seguros para reportar irregularidades ocorridas no interior da empresa sem correrem risco de retaliação. Ressalte-se, ainda, que a política de *compliance* da Barclays estava em processo de expansão e revisão, a fim de aprimorar os mecanismos de avaliação do conteúdo das denúncias recebidas e aumentar as garantias asseguradas aos denunciantes³², fato que evidencia o cumprimento das determinações da FCA em seu Guia de *Compliance*³³.

No entanto, no caso analisado, James Staley, falhando na correta avaliação acerca da política de *compliance* da empresa e dos repetidos avisos da equipe de Investigações e Denúncias de que as cartas estavam sendo tratadas como denúncias anônimas legítimas, buscou identificar a sua autoria. Ao agir desse modo, interferiu frontalmente na decisão feita pela equipe de Investigações e Denúncias, bem como no procedimento adotado para a análise mais aprofundada acerca do conteúdo das alegações das cartas. Ainda, o CEO Staley mobilizou outro grupo da empresa para a tentativa de identificação da autoria das denúncias, comprometendo a independência do Grupo de *Compliance* dentro da lógica empresarial.

Saliente-se que não fazia parte das atribuições do CEO da Barclays a análise do conteúdo das denúncias recebidas ou a decisão em tratá-las como denúncias legítimas ou não. Mesmo sabendo disso e tendo sido avisado acerca da decisão em considerar que as cartas deveriam ser melhor analisadas, Staley, falhando em seu dever de agir com perícia, cuidado e diligência, permitiu que seus próprios interesses sobrepujassem o seu dever perante a empresa e a confiabilidade do sistema de denúncias anônimas.

Desse modo, James Staley foi condenado, pela FCA, ao pagamento de uma multa pecuniária no valor de £ 321.200,00 (trezentos e vinte e um mil e duzentos euros). Para chegar a esse valor, a FCA levou em conta (i) a alta posição hierárquica ocupada por Staley na empresa; (ii) a ausência de vantagem econômica auferida; (iii) a ausência de riscos criados

³¹ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 10

³² FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 13

³³ SYSC - Senior Management Arrangements, Systems and Controls 6.1.3.R. Disponível em: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>

pela conduta para os consumidores; (iv) o fato de que a conduta foi cometida por negligência; (v) a diligência do Banco Barclays em enfatizar a importância do seu programa de *compliance* e de denúncias anônimas; (vi) o bom histórico de aderência ao *compliance* por Staley; (vii) o acordo celebrado pela autoridade e por Staley durante a persecução da conduta.

Já a PRA o condenou ao pagamento de £ 321.230,00 (trezentos e vinte e um mil e duzentos e trinta euros), valor a que chegou pelos seguintes fundamentos: (i) ausência de benefício econômico pela conduta; (ii) posição hierárquica ocupada por Staley na empresa; (iii) alto risco que a conduta gerou para o sistema de denúncias anônimas; (iii) pouca gravidade da conduta e sua curta duração; (iv) bom histórico de conduta de Staley; (v) período em que a conduta se deu, em que medidas estavam sendo tomadas para fortalecer o sistema de denúncias anônimas; (vi) o acordo celebrado entre autoridade e Staley durante a persecução da conduta³⁴.

A PRA emitiu, também, determinações destinadas ao Banco Barclays, em que impõe novos requisitos a serem implementados em seu sistema de denúncias anônimas em razão da violação perpetrada por Staley. Nesses documentos destinados à Barclays, a autoridade afirma que a investigação que culminou na imposição das multas chegou à conclusão de que a conduta ilícita de Staley ocorreu a despeito da política de denúncias anônimas instalada na empresa à época. Nesse sentido, um estudo técnico feito pela empresa Deloitte a pedido do Banco Barclays concluiu que as políticas, processos e fiscalizações de denúncias anônimas estabelecidas pelo Banco eram bem detalhadas, com a finalidade de ter estabelecido um sistema robusto e seguro para os funcionários que desejassem reportar irregularidades³⁵.

No entanto, a PRA estatuiu, também, que várias recomendações foram feitas tanto pelas empresas contratadas pelo Banco Barclays para auditar seu sistema de *compliance* quanto pela própria PRA, a fim de tornar o sistema ainda mais eficaz e seguro, concluindo que “o sistema de denúncias anônimas da empresa ainda precisa de mais clareza. Além disso, uma vez que esses novos procedimentos e políticas estejam em vigor, pode levar algum tempo para analisar como eles funcionarão na prática. Existe, ainda, o risco de que a repercussão da conduta ilícita cometida pelo CEO tenha um impacto mais duradouro na cultura de denúncias da empresa”³⁶.

³⁴ PRA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 13

³⁵ PRA, Imposition of new requirements pursuant to section 55M(5) of the financial services and markets act 2000, 09/05/2018. Fl. 6.

³⁶ PRA, Imposition of new requirements pursuant to section 55M(5) of the financial services and markets act 2000, 09/05/2018. Fl. 7.

Ainda assim, a PRA considerou que determinar que o Banco envie regularmente relatórios e atestados de que a cultura empresarial foi modificada e aprimorada seria suficiente para evitar riscos de reiteração de eventos como o do CEO Staley.

Entretanto, diferente do que ocorreu quando do julgamento do caso Peterson, as autoridades julgadoras não explicitaram as razões pelas quais decidiram eximir a pessoa jurídica de responsabilidade pela conduta ilícita. Será necessária, portanto, a análise das peculiaridades do caso e dos argumentos levantados nas decisões, a fim de identificar as motivações levadas em consideração para responsabilizar exclusivamente a pessoa física.

Pois bem, a decisão da FCA e da PRA de não punir a pessoa jurídica, mas, exclusivamente, a pessoa física pela falha ocorrida no sistema de denúncias anônimas é particularmente interessante quando procedemos à análise da regulação de regência que embasou as decisões tomadas. Com efeito, a regulação relativa a denúncias anônimas em vigor à época da conduta³⁷ prevê, explicitamente, que as pessoas jurídicas têm a obrigação de implementar um sistema efetivo de denúncias anônimas e de, por intermédio de um diretor de *compliance*, assegurar a sua integridade, independência e efetividade, especialmente no que concerne à proteção da identidade dos denunciantes³⁸.

Como visto, a legislação de regência atribuía à pessoa jurídica, por meio do seu Grupo de *Compliance*, a responsabilidade por garantir a integridade do sistema de denúncias anônimas, em especial, garantir que a identidade dos denunciantes seria resguardada e protegida a fim de impedir possíveis retaliações dentro da empresa. Essa responsabilidade da pessoa jurídica consiste em assegurar a efetividade de suas políticas, de modo que a conduta ilícita perpetrada por Staley pode vir a ser considerada uma falha do sistema de *compliance* do Banco Barclays³⁹.

Fica claro, portanto, que aspectos relacionados à existência de um programa de *compliance* considerado robusto e que demonstrava preocupação em resguardar a segurança

³⁷ SYSC - Senior Management Arrangements, Systems and Controls 18.3 e 18.4.4R. Disponível em: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>

³⁸ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 29

³⁹ Nesse sentido, Athayde, Thomson e Melo indicam o dilema de que um ilícito cometido por um funcionário de uma empresa que detém um programa de *compliance* robusto pode indicar que o programa de *compliance* não era, de fato, efetivo (“The dilemma in this case rests on the fact that if a company has a *compliance* program and still an anticompetitive conduct prevails, this would demonstrate that there was no *compliance* after all. On the other hand, previous experiences show that in many cases, the detection of wrongdoings tends to favor a culture of *compliance*. In this case, would it be reasonable to consider the good faith or subsequent regret by the wrongdoer as an element that may affect the penalties imposed?”). MARTINS, Amanda Athayde Linhares. THOMSON, Diogo. MELO, Lívia Dias de. Perspectives for the promotion of a competition environment in Brazil. Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy, First Session. Geneva, 2016. Fl. 9.

dos denunciante dentro da empresa foram levados em conta para eximir o Banco Barclays de responsabilidade pelo ilícito cometido por Staley⁴⁰.

Nesse contexto, a FCA e a PRA, ao julgarem o caso, consideraram que o Banco não poderia ser responsabilizado pela conduta ilícita cometida pelo CEO, haja vista que seu cometimento se deu em detrimento das explícitas recomendações emitidas pelo setor de *compliance*. Em síntese, apesar de existirem normas vigentes que permitiriam a penalização da pessoa jurídica, as autoridades julgadoras excluíram a sua responsabilidade em razão da responsabilização exclusiva da pessoa física autora da conduta.

Uma importante peculiaridade do caso é a de que a conduta ilícita punida não visava o auferimento de benefício econômico à pessoa física tampouco à pessoa jurídica. Desse modo, inexistia vantagem ilícita a ser reparada, tendo sido a atuação da FCA e da PRA amparada tão somente nas finalidades punitivas e educativas. Apesar de ter o CEO Staley alegado que a tentativa de identificar o autor das cartas visava à manutenção da capacidade da empresa recrutar funcionários de alto escalão, a qual ele considerava importante para a estratégia e para o futuro do Banco, a pessoa jurídica dificilmente teria potenciais benefícios com a conduta. Ao contrário, corria sérios riscos de sofrer os prejuízos reputacionais que a violação à identidade de um denunciante anônimo pode trazer.

Portanto, e considerando que não foi procedida, nas decisões, à análise da culpa da pessoa jurídica pelo ilícito, tendo as autoridades focado a análise no substrato fático que levou à conduta, constata-se que a conclusão a que se chegou dependeu da verificação da existência ou não de conduta da pessoa jurídica apta a ser relacionada ao ilícito e punida. Ao verificar a diligência e o compromisso da pessoa jurídica em garantir um ambiente seguro aos funcionários que desejassem denunciar possíveis irregularidades, a FCA e a PRA acharam por bem eximir a sua responsabilidade por um ilícito cometido exclusivamente pelo CEO.

Corroborando para essa conclusão o incomum fato de que nem a FCA nem a PRA determinaram que o CEO fosse destituído de seu cargo. Essa decisão não ficou isenta de críticas. Brad Birkenfeld, ex denunciante do Banco UBS Group AG, afirmou que “quando soube dessa transgressão, de plano considerou que a atitude correta seria a de que Staley fosse demitido, e que, agora, criou-se um ambiente de medo aos indivíduos que desejam realizar

⁴⁰ O programa de *compliance* adotado pela Barclays à época da ocorrência da infração atendia às exigências e recomendações feitas pela FCA em seu Guia de *Compliance* (FCA Handbook, SYSC 6.1 - *Compliance*), o que foi levado em consideração para a decisão de considerar o sistema de controle da empresa eficaz e robusto.

denúncias anônimas de irregularidades”⁴¹. Assim sendo, a decisão das autoridades de preservar o direito da pessoa jurídica manter o seu CEO evidenciou, mais uma vez, a sua intenção de preservar a empresa e, até mesmo, premiá-la pelo estabelecimento de um programa de *compliance* considerado robusto e efetivo.

Por outro lado, o fato de que o infrator ocupava a posição de CEO da empresa não mitiga a responsabilidade da pessoa jurídica pela falha de conduta. Ao contrário, a posição hierárquica ocupada por Staley foi levada em conta no julgamento como fator agravante da imposição de pena. Isso porque, quanto maior a hierarquia ocupada pelo funcionário na estrutura da empresa, mais facilmente o seu comportamento será associado à diretriz emanada pela estrutura empresarial como um todo. Esse ponto foi levantado diversas vezes nas decisões da FCA e da PRA, que afirmaram que “o papel de um CEO é importante e inclui dar um exemplo aos funcionários da empresa e comunicar a eles as expectativas da direção executiva em relação à cultura, valores e comportamentos da empresa”⁴².

Além disso, o sistema de *compliance* e de denúncias anônimas se aplicava a todos os funcionários da empresa, independente da hierarquia ocupada, conforme recomendado pelas normativas do Guia da FCA sobre *compliance*⁴³. Ou seja, todos os funcionários, mesmo o CEO, estavam submetidos às diretrizes do programa de *compliance*, de modo que o setor competente poderia e deveria tomar medidas em face de qualquer violador de seus princípios. Assim, ao eximir a pessoa jurídica de responsabilidade, as autoridades demonstraram valorizar a sua boa fé e o fato de que a conduta não poderia ter sido evitada pelo Grupo de *Compliance*, que tomou medidas suficientes para demonstrar a reprovabilidade da conduta.

Outro ponto salientado na decisão foi o de que a empresa, assim que detectou as tentativas do CEO em identificar o autor da denúncia, tomou medidas para investigar internamente o ilícito e reportou todo o ocorrido à FCA e à PRA⁴⁴. Mais uma vez, a efetividade do programa de *compliance* foi levada em conta para mitigar a responsabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, é crucial para a análise das decisões o destaque ao fato de que o CEO Staley agiu com negligência, e não com dolo, bem como que ele imediatamente se arrependeu da sua

⁴¹ THOMAS, Elise. Barclays in 2018: Something to smile about — regulators, revival and compliance goals, 09/05/2018. Disponível em: <https://www.riskscreen.com/kyc360/article/barclays-in-2018-regulators-wrath-and-new-compliance-map/>

⁴² FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 1

⁴³ SYSC - Senior Management Arrangements, Systems and Controls 6.1.1 Disponível em: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>

⁴⁴ In early 2017, Barclays’ Board became aware of Mr Staley’s attempt to identify the author of the First Letter. Barclays conducted its own investigation into the matter and also reported it to the Authority and PRA. FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 19

conduta ilícita e cooperou com as autoridades persecutórias⁴⁵. Enquanto este segundo ponto é, sem dúvidas, um atenuante na imposição da pena e um indicativo de que o CEO cometeu o ilícito a despeito das recomendações do setor de *compliance* da empresa, o primeiro ponto não é um indicativo tão intuitivo da necessidade de eximir a pessoa jurídica de responsabilidade pelo ilícito.

Explica-se: o comportamento foi considerado negligente pois o CEO acreditava que a carta não estava mais sendo tratada como legítima denúncia anônima, conclusão a que chegou a partir da interpretação que fez de uma comunicação emanada pelo Grupo de *Compliance*. No entanto, mesmo interpretando a comunicação de forma equivocada, o CEO falhou ao não buscar confirmação expressa de sua interpretação e ao não avisar ao Grupo de *Compliance* da sua tentativa de identificação do autor⁴⁶.

Desse modo, se se considerar que o entendimento equivocado de Staley se deveu a uma falha de comunicação do setor de *compliance*, mais indícios haverá para embasar a existência de uma conduta da pessoa jurídica que corroborou para a ocorrência do ilícito e a consequente necessidade de sua punição.

No entanto, e considerando que as autoridades de fato eximiram a pessoa jurídica de responsabilidade pelo ilícito, chega-se novamente à conclusão de que foi fator crucial para as decisões o entendimento de que o programa de *compliance* estabelecido era robusto e não apresentou falhas que possam ser relacionadas com o ilícito cometido pelo CEO, ou seja, que a equipe de *compliance* e, portanto, a pessoa jurídica, não contribuiu para a ocorrência da conduta ilícita.

Pelo exposto, as decisões da FCA e da PRA embasaram-se no fato de que as políticas, processos e fiscalizações de *compliance* ao tempo do cometimento da infração eram bem detalhados. A existência desse programa de *compliance* robusto, aliada à ausência de benefício econômico ou vantagem ilícita auferidos pela pessoa jurídica levaram à conclusão de que o ilícito foi cometido pela pessoa física negligentemente e a despeito do programa de *compliance* estabelecido. Desse modo, as autoridades consideraram desnecessária a punição da pessoa jurídica que agiu com boa fé e não contribuiu para a ocorrência da conduta, determinando apenas a adoção de medidas destinadas ao fortalecimento do seu sistema de *compliance*.

⁴⁵ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 19

⁴⁶ FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 11/05/2018. Fl. 4

1.3. Síntese dos fundamentos usados para responsabilizar exclusivamente as pessoas físicas envolvidas.

Como visto, ambas as decisões tiveram como foco de análise as circunstâncias fáticas da conduta ilícita do indivíduo em contraponto aos sistemas adotados pelo setor de *compliance* para evitar violações no contexto empresarial.

De início, ambas as pessoas jurídicas que tiveram sua responsabilidade isentada adotaram programas de *compliance* que refletiam as melhores práticas recomendadas pelas autoridades julgadoras, os quais abrangiam medidas preventivas ao cometimento da violação e persecutórias, após a sua ocorrência. Ainda, as pessoas jurídicas asseguraram a adoção de mecanismos de aprimoramento do programa de *compliance* preexistente assim que tomaram conhecimento da conduta ilícita perpetrada.

Ponto de destaque é o de que, em ambos os casos, as autoridades indicam a criação de mecanismos internos de integridade como uma obrigação, direta ou indireta, às pessoas jurídicas sujeitas a sua regulação. Assim, o cumprimento da obrigação pelas pessoas jurídicas garantiu a não atribuição de responsabilidade pelos ilícitos cometidos por funcionários.

No caso específico do Banco Barclays, a autoridade explicitamente determinou o aprimoramento do programa de *compliance* preexistente e o envio periódico de relatórios sobre as medidas adotadas. Assim, ao invés de punir a pessoa jurídica, a autoridade garantiu que o programa de *compliance* se tornasse ainda mais eficaz e robusto, a fim de evitar novas violações e reforçar a cultura empresarial.

Desse modo, as autoridades concluíram que os programas de *compliance* preexistentes estabeleceram a cultura empresarial, e não eram meros programas tendentes a criar uma fachada de conformidade para a conduta da empresa. Assim, conclui-se que os comportamentos violadores não correspondiam aos interesses da pessoa jurídica.

A análise conduziu à conclusão de que, nesses casos, a pessoa jurídica adotou todas as medidas que estavam ao seu alcance para impedir o ilícito, e que inexistia cenário razoável em que a pessoa jurídica pudesse ter adotado medidas capazes de evitar a conduta. Corroborou para isso aspectos específicos do comportamento das pessoas jurídicas, que, além de terem tomado todas as medidas preventivas que estavam ao seu alcance, investigaram a conduta ilícita, a reportaram para as autoridades e colaboraram na persecução oficial assim que dela tiveram conhecimento.

No ponto, os indivíduos que cometeram as violações burlaram as expressas recomendações feitas pelo setor de *compliance*, de modo que as condutas ilícitas foram tomadas isoladamente e sem refletir a cultura organizacional. Foram, portanto, condutas

opostas ao legítimo interesse da pessoa jurídica, tomadas com a racionalidade de benefício individual.

Ainda, em ambos os casos inexistiu vantagem ilícita obtida pela pessoa jurídica, que, ao contrário, correu riscos de prejuízos reputacionais graves que as violações podem causar. As pessoas físicas condenadas foram as únicas beneficiadas pela conduta, e as autoridades determinaram que toda a vantagem ilícita obtida fosse por elas restituída.

Saliente-se, por fim, que aspectos de culpabilidade das pessoas jurídicas não foram, ao menos explicitamente, considerados pelas autoridades, que embasaram a análise na inexistência de conduta reprovável atribuível às pessoas jurídicas. Além de inexistir conduta da pessoa jurídica passível de punição, inexistente também o nexo causal entre o ilícito e ato direto ou indireto das empresas. Com efeito, para que seja identificado o nexo causal entre uma infração e a atuação de uma pessoa jurídica enquanto instituição, é necessário que se identifique que a infração foi cometida em seu interesse ou benefício⁴⁷. Como visto, em ambos os casos analisados a conduta ilícita foi cometida em detrimento dos interesses da pessoa jurídica, de modo que é impossível a identificação do nexo causal necessário à responsabilização do ente privado.

Na seguinte tabela, busca-se sistematizar as especificidades dos casos e do raciocínio adotado pelos julgadores para chegar à conclusão do cabimento da isenção da responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática dos ilícitos investigados. Na primeira coluna, serão apresentadas, genericamente, as peculiaridades identificadas nos julgamentos. Na segunda coluna, serão indicados os pontos comuns aos dois casos. Na terceira coluna, serão apresentadas as especificidades do caso Garth Peterson. Na quarta, as especificidades concernentes ao caso James Staley:

	Ambos os casos	Especificidades do caso Garth Peterson	Especificidades do caso James Staley
Diretriz oficial no sentido do uso do <i>compliance</i> como excludente da responsabilidade da pessoa		O Departamento de Justiça considera o <i>compliance</i> como fator relevante para a decisão de não processar a pessoa jurídica.	

⁴⁷ Segundo Gouveia (apud RIBEIRO, 2017, p. 53), "o nexo causal consiste na demonstração de que o ato lesivo fora praticado no interesse ou benefício, ainda que indireto, da pessoa jurídica processada". GOUVEIA, Lene. O programa de integridade e a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica na Lei anticorrupção: novos tempos. 06/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67032/o-programa-de-integridade-e-a-responsabilidade-administrativa-da-pessoa-juridica-na-lei-anticorrupcao-novos-tempos>

jurídica			
Previsão do <i>compliance</i> como obrigação às pessoas jurídicas.		O <i>compliance</i> é medida crucial para o cumprimento da obrigação de instalação de controles contábeis internos.	Há a obrigação de manutenção de um diretor de <i>compliance</i> responsável pela implementação de um sistema de denúncias anônimas íntegro, independente e efetivo.
Responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica	Ambas as normativas adotam o modelo de responsabilização subjetiva.	No Guia sobre as regras FCPA, está disposto que se exige, para condenar a pessoa jurídica, a demonstração da intenção de corromper.	O delito pelo qual a empresa responderia consiste na falha em agir com perícia, cuidado e diligência.
Posição do indivíduo na pessoa jurídica.	O indivíduo que cometeu o ilícito ocupava cargo de direção na pessoa jurídica.		Fator considerado agravante no julgamento.
Enquadramento do ilícito pelo indivíduo processado.		O indivíduo confessou o cometimento de ilícito contra a pessoa jurídica, qual seja, o de burlar o sistema de <i>compliance</i> instituído.	
Atendimento às melhores práticas indicadas pelas autoridades julgadoras.	As pessoas jurídicas adotaram programas de <i>compliance</i> que refletiam as melhores práticas recomendadas pelas autoridades julgadoras, com medidas preventivas, fiscalizatórias e persecutórias.	Programa de <i>compliance</i> já estava instituído ao tempo da infração, era efetivo, tinha suporte da cúpula da empresa e passava por constantes revisões. Além disso, houve a identificação da infração, a punição interna do indivíduo e a denúncia e cooperação com a autoridade julgadora.	O programa de <i>compliance</i> estava em processo de expansão e revisão ao tempo da ocorrência da infração. Houve a identificação da infração, a investigação interna e o reporte às autoridades.
Contato direto do <i>compliance</i> com o indivíduo violador.	Comprovação de expresse treinamento do indivíduo infrator pelo setor de <i>compliance</i> .	O indivíduo infrator recebeu diversos treinamentos pelo setor de <i>compliance</i> no período anterior ao cometimento da infração.	O <i>compliance</i> expressamente orientou o indivíduo acerca da ilicitude do comportamento que veio a ser adotado.
Revisão do <i>compliance</i> após a infração.	As pessoas jurídicas imediatamente aprimoraram o programa de <i>compliance</i> quando tomaram conhecimento da conduta ilícita perpetrada.	A autoridade julgadora não apontou nenhuma falha ou inconsistência grave no <i>compliance</i> prévio da empresa.	A autoridade julgadora explicitamente determinou o aprimoramento do programa de <i>compliance</i> .
Cultura interna da	Os programas de <i>compliance</i> lograram êxito em estabelecer uma	A autoridade julgadora reconheceu que mesmo	

empresa.	cultura de comportamento ético dentro da empresa.	um <i>compliance</i> robusto e eficaz é passível de burlas deliberadas por funcionários.	
Violação aos interesses da pessoa jurídica.	As condutas ilícitas investigadas foram tomadas em detrimento dos interesses legítimos da pessoa jurídica. Foram condutas isoladas e tomadas com a racionalidade de benefício individual.	Conduta tomada por um único indivíduo.	Por ocupar posição muito alta na hierarquia da empresa, o indivíduo infrator mobilizou para a prática do ilícito uma equipe que não tinha conhecimento da ilicitude do comportamento.
Boa fé da pessoa jurídica.	Reconheceu-se que a pessoa jurídica agiu de boa fé, e adotou todas as medidas que estavam ao seu alcance para impedir o ilícito.	O indivíduo que cometeu a conduta ilícita agiu com dolo, deliberadamente fraudando o <i>compliance</i> .	O indivíduo que cometeu a conduta agiu com negligência, errando ao interpretar as explícitas recomendações do setor de <i>compliance</i> .
Inexistência de vantagem ilícita para a pessoa jurídica.	As pessoas jurídicas não obtiveram vantagem ilícita com a conduta investigada.	Determinou-se que toda vantagem ilícita obtida pelo indivíduo fosse por ele restituída.	Não havia intenção de obtenção de benefício econômico por parte do indivíduo infrator.
Exaurimento da análise na inexistência de conduta punível.	Aspectos de culpabilidade das pessoas jurídicas não foram, ao menos explicitamente, considerados nas decisões. Foco na análise de existência de conduta ilícita e de nexos causal.		

2. Diretrizes oficiais que reconhecem o *compliance* como atenuante ou excludente da responsabilidade de pessoas jurídicas.

Neste capítulo, serão apresentadas normas e diretrizes institucionais de órgãos oficiais que, assim como a FCPA, reconhecem o *compliance* como circunstância capaz de atenuar ou até eximir a responsabilidade de pessoas jurídicas por atos ilícitos cometidos no contexto empresarial. Em oposição ao caso explorado na seção 1.2. deste trabalho, em que a exclusão da responsabilidade da empresa foi uma exceção à regra adotada pelo ente julgador, as diretrizes aqui analisadas refletem o posicionamento oficial do órgão governamental competente.

Assim, será analisada a forma como os órgãos públicos buscam fomentar a adoção de mecanismos de *compliance* pelas pessoas jurídicas que estão sob a sua autoridade, mediante a criação de incentivos institucionais. Verifica-se, portanto, a crescente valorização do

compliance como mecanismo capaz de assegurar o cumprimento das normas por parte das pessoas jurídicas, bem como o seu fomento como estratégia governamental para garantir a eficácia de suas normas.

Diante do exposto, passa-se à apresentação da experiência do Reino Unido, nos termos do UK Bribery Act e do caso conhecido como “Skansen Interiors” (2.1). Em seguida, será apresentada a experiência da Comissão de Valores Mobiliários e alguns casos em que foi concedida imunidade por conta do *compliance* (2.2). Após, será procedida a análise da experiência nacional concorrencial e anticorrupção e o uso do *compliance* como atenuante da pena (2.3). Por fim, serão apresentados os pontos de convergência e divergência entre as normas e decisões analisadas quanto ao tratamento dado à implementação de programas de *compliance* (2.4).

2.1. O UK Bribery Act e o caso Skansen Interiors.

O código anticorrupção do Reino Unido, chamado UK Bribery Act (UKBA), implementado em 2011, vem sendo considerado um modelo a ser seguido no que tange à punição de empresas e à defesa dos mercados e da concorrência⁴⁸. Uma das principais inovações trazidas pela normativa é a previsão do delito da seção 7, consistente no ato da pessoa jurídica que não teve êxito em impedir o cometimento de uma infração em seu benefício por um funcionário, ou seja, não instaurou um sistema de *compliance* robusto em sua organização. Veja-se:

7 Failure of commercial organisations to prevent bribery

(1) A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending—

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.⁴⁹

O item 2 do delito supracitado prevê que, se a pessoa jurídica demonstrar que possui procedimentos adequados e eficazes para prevenir a ocorrência de ilícitos, a Corte aplicará uma atenuante ou excluirá a sua responsabilidade. Assim, a responsabilidade das pessoas jurídicas que não possuem políticas internas de *compliance* é objetiva, decorrendo do simples cometimento de conduta ilícita por algum de seus funcionários⁵⁰. Já a responsabilização das empresas que demonstrarem a existência de um programa de conformidade estabelecido,

⁴⁸ LOPES, Luiz Paulo de Yparraguirre Oliveira. Desafios de *Compliance* Anticorrupção na Indústria de Petróleo e Gás. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. 2017. Fl. 37

⁴⁹ Reino Unido. Bribery Act 2010. Chapter 23.

⁵⁰ GIN, Camila de Moura. Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo. XII Seminário Nacional - Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 2016. Fl. 12.

apesar de continuar sendo objetiva, dependerá da análise da robustez e eficácia do sistema interno, não sendo suficiente para a penalização a mera ocorrência do ilícito⁵¹.

A cláusula que garante imunidade às pessoas jurídicas que mantém um programa de conformidade tem por objetivo estimular a adoção desses programas por mais empresas, demonstrando a valorização, pelo governo do Reino Unido, do esforço corporativo em prevenir e perseguir a ocorrência de ilícitos. Além disso, a robustez das penalidades previstas no UKBA, como as multas sem limite de valor previamente estabelecido, corrobora para o incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*.

Ocorre que, a defesa prevista no item 2 da seção 7 do UKBA ainda não teve sua aplicação assegurada pelas decisões já proferidas em casos que envolveram a norma. Com efeito, em outubro de 2018, houve o julgamento do primeiro caso em que essa defesa foi alegada, porém, sem sucesso em ilidir a condenação⁵². No ponto, a empresa Skansen Interiors Limited reportou à Crown Prosecution Service (CPS) o cometimento de infração ao UKBA por um de seus funcionários, e buscou defender a integridade da pessoa jurídica mediante a invocação da defesa do item 2, ou seja, mediante a alegação da existência de programa de *compliance* robusto. Ainda assim, a empresa foi processada e condenada pela conduta prevista na seção 7 do UKBA⁵³.

Após grande repercussão do caso na mídia, muitos estudiosos consideraram que a mensagem enviada pela Corte após o julgamento trouxe mais dúvidas que esclarecimentos às empresas preocupadas em cumprir a normativa do UKBA.

De início, o governo do Reino Unido, ao comentar o caso, alegou que a decisão de prosseguir no processamento da Skansen Interiors, apesar da sua nítida cooperação com as investigações, objetivou demonstrar que os órgãos oficiais valorizam a instauração de programas de *compliance* anticorrupção. Por outro lado, estudiosos que se debruçaram sobre

⁵¹ Camila de Moura Gin, em seu trabalho, expõe que, no contexto do UKBA, a responsabilidade das empresas que adotam mecanismos de *compliance* passa a ser subjetiva. No entanto, o que a defesa do item 2 garante é a inexistência de responsabilidade sem a verificação de conduta ilícita ou nexos causais atribuíveis à pessoa jurídica. Com efeito, a defesa do item 2 tem como foco a conduta adotada pela pessoa jurídica, que destinou sua atuação ao estrito cumprimento da lei, mediante a tentativa idônea de evitar a ocorrência de ilícitos. GIN, Camila de Moura. Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo. XII Seminário Nacional - Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 2016.

⁵² TATE, Sam. UK Bribery Act: 2018 in review, and a few predictions. The FCPA Blog. 22/01/2019. Disponível em: <https://www.fcpablog.com/blog/2019/1/22/uk-bribery-act-2018-in-review-and-a-few-predictions.html>

⁵³ Embora não tenha sido aceita a defesa alegada, a multa prevista no UKBA não foi aplicada à Skansen Interiors, haja vista que a empresa condenada estava inativa desde 2014. THOMPSON, Kees. Mixed Messages from the UK's First Contested Prosecution for Failure to Prevent Bribery. The Global Anticorruption Blog. 28/05/2018. Disponível em: <https://globalanticorruptionblog.com/2018/05/28/mixed-messages-from-the-uks-first-contested-prosecution-for-failure-to-prevent-bribery/>

o tema acreditam que a mensagem passada pela decisão é a de que a demonstração, perante um órgão julgador, de que o programa de *compliance* instaurado pela pessoa jurídica é eficaz será tão mais difícil quanto menor for a empresa, considerando a quantidade de requisitos que foram exigidos no julgamento e o custo que isso representaria para a pessoa jurídica. Desse modo, apenas grandes empresas poderiam arcar com as despesas capazes de garantir um programa de *compliance* eficiente.

Além disso, a comunidade acadêmica interpretou que a decisão deu a entender que dificilmente uma empresa conseguirá, ao mesmo tempo, colaborar com a investigação oficial e se beneficiar da defesa prevista no item 2 da seção 7 do UKBA, o que acaba por torná-la uma defesa frágil⁵⁴. Isso porque, ao ser reportada a ocorrência de um ilícito à autoridade julgadora, haverá grandes chances de que se considere que o programa de *compliance* instituído não era, de fato, capaz de garantir a integridade da empresa.

Desse modo, ficou claro que, mesmo que uma empresa coopere integralmente na persecução da conduta ocorrida em seu interior, não haverá garantia de que a Corte lhe concederá imunidade⁵⁵. Ou seja, conforme esclarecido no Guia de Processamento Conjunto do UKBA, emitido pelo Diretor do SFO e pelo Diretor de Acusação Pública, embora a SFO estimule as empresas a reportarem o cometimento de infrações por seus funcionários, não há garantia de que o processo não correrá em face da pessoa jurídica⁵⁶.

Além disso, o caso trouxe revelações sobre quais serão, possivelmente, os parâmetros considerados pela Corte ao analisar se o programa de *compliance* estabelecido por uma empresa é robusto ou não. Com efeito, dentre os parâmetros identificados, estão: (i) a necessidade de rigoroso atendimento às diretrizes apontadas no Guia emitido pelo Ministro da Justiça sobre o UKBA; (ii) a necessidade de documentação dos procedimentos adotados pela empresa, a fim de possibilitar a comprovação de que o *compliance* era robusto; (iii) a necessidade de garantias formais de que a cultura organizacional reflete o *compliance*, por meio de treinamentos oficiais; (iv) a necessidade de atualização constante do programa de *compliance* das empresas; (v) a necessidade de que haja estruturas internas destinadas ao

⁵⁴ THOMPSON, Kees. Mixed Messages from the UK's First Contested Prosecution for Failure to Prevent Bribery. The Global Anticorruption Blog. 28/05/2018. Disponível em: <https://globalanticorruptionblog.com/2018/05/28/mixed-messages-from-the-uks-first-contested-prosecution-for-failure-to-prevent-bribery/>

⁵⁵ LUDLAM, Joanna. THOMSON, Charles, GARFIELD, Henry. UK: "Adequate procedures" and self reporting under the spotlight as jury rejects Section 7 defence. Global Compliance News. Disponível em: <https://globalcompliancencews.com/adequate-procedures-rejects-defence-20180313/#page=1>

⁵⁶ UK. Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions. 30/03/2011. Fl. 5.

compliance, mediante a nomeação de um funcionário que seja por ele responsável e a implementação de canais de denúncias⁵⁷⁵⁸.

Apesar de serem diretrizes preciosas para as empresas que atuam no âmbito de incidência do UKBA, haja vista que foram extraídas da análise da primeira aplicação prática da norma (item 2 da seção 7 do UKBA), esses parâmetros não foram explicitamente indicados pela autoridade julgadora. Tais parâmetros refletem a avaliação externa da atuação do órgão persecutório oficial, estando claro que “é impossível discernir qual foi a real motivação por trás da decisão da Corte em rejeitar a aplicação da imunidade prevista no item 2, seção 7, do UKBA, ou seja, em considerar existentes fragilidades no sistema de *compliance* instituído”⁵⁹.

Os parâmetros que devem ser usados pelos órgãos julgadores na análise dos casos processados sob a normativa do UKBA podem ser extraídos do Guia oficial emitido pelo Ministro da Justiça do Reino Unido. De acordo com o Guia, a defesa do item 2 da seção 7 do UKBA reflete (i) o entendimento governamental de que nenhum programa de *compliance*, mesmo o mais robusto, poderá evitar a ocorrência de ilícitos isolados e que não espelham a cultura da organização⁶⁰, e (ii) a intenção de incentivar as empresas a investirem em sistemas de *compliance* eficazes⁶¹.

O Guia oficial do UKBA esclarece, também, que o padrão de prova a ser usado para analisar se a empresa possui um sistema de *compliance* robusto será a ponderação da probabilidade de que o ilícito processado tivesse sido prevenido pelo programa de conformidade da pessoa jurídica. Pontos relevantes para essa análise serão o nível de autonomia da pessoa física que cometeu o ilícito no contexto empresarial e o grau do risco que a conduta gera, de modo que o programa de *compliance* deverá ser compatível com as peculiaridades da pessoa jurídica (atividades mais arriscadas requerem programas mais

⁵⁷ THOMPSON, Kees. Mixed Messages from the UK’s First Contested Prosecution for Failure to Prevent Bribery. The Global Anticorruption Blog. 28/05/2018. Disponível em: <https://globalanticorruptionblog.com/2018/05/28/mixed-messages-from-the-uks-first-contested-prosecution-for-failure-to-prevent-bribery/>

⁵⁸ LUDLAM, Joanna. THOMSON, Charles, GARFIELD, Henry. UK: “Adequate procedures” and self reporting under the spotlight as jury rejects Section 7 defence. Global Compliance News. Disponível em: <https://globalcompliancenes.com/adequate-procedures-rejects-defence-20180313/#page=1>

⁵⁹ THOMPSON, Kees. Mixed Messages from the UK’s First Contested Prosecution for Failure to Prevent Bribery. The Global Anticorruption Blog. 28/05/2018. Disponível em: <https://globalanticorruptionblog.com/2018/05/28/mixed-messages-from-the-uks-first-contested-prosecution-for-failure-to-prevent-bribery/>

⁶⁰ Nesse sentido, o Guia de Processamento Conjunto do UKBA esclarece que “se for comprovado que um ilícito cometido no interior de uma empresa reflete a sua cultura organizacional, a pessoa jurídica deverá responder pelo cometimento da infração prevista UKBA que melhor se adequa à conduta”. UK. Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions. 30/03/2011. Fl. 10.

⁶¹ UK. Ministry of Justice. The Bribery Act 2010 - Guidance. Fl. 8.

rígidos). No ponto, o foco de análise não estará na forma que o *compliance* foi estabelecido, mas na sua eficácia verificada caso a caso⁶².

Desse modo, o Guia oficial do UKBA estabelece 6 princípios a serem observados por empresas que desejam implementar programas de *compliance* robustos, os quais também servirão de padrão para a análise feita pela Corte quando da verificação da eficácia do programa existente. Os princípios são: (i) procedimentos proporcionais ao risco de práticas corruptas inerentes à atividade comercial, levando em conta a natureza, alcance territorial, complexidade e tamanho da empresa; (ii) comprometimento da alta direção da empresa com os mecanismos de *compliance*, a fim de criar uma cultura organizacional em que atos corruptos são intoleráveis; (iii) avaliação periódica, pública e documentada acerca dos riscos de práticas corruptas no contexto da organização empresarial, a fim de que a ponderação de risco acompanhe o crescimento da empresa; (iv) fiscalização da atuação dos indivíduos que prestarão serviços para a empresa ou em seu nome, como forma de evitar a ocorrência de ilícitos; (v) comunicação pública, interna e externa, da intenção da empresa de criar uma cultura organizacional de conformidade, incluindo a execução de treinamentos para que os princípios e procedimentos do *compliance* e o comprometimento da empresa sejam inteiramente compreendidos; (vi) constante monitoramento e revisão do programa de *compliance* da empresa, levando em conta a evolução da atividade empresarial e das normativas governamentais⁶³.

Apesar de não ter sido identificada a aplicação concreta desses princípios na análise do caso Skansen Interiors, haja vista que os parâmetros de *compliance* exigidos não foram proporcionais ao tamanho da empresa e ao alcance territorial da sua atividade, é interessante verificar que esse Guia é complementar à normativa do UKBA. Com efeito, está previsto na seção 9 do UKBA que será publicado Guia sobre os procedimentos que uma empresa deverá adotar para prevenir a ocorrência de condutas ilícitas em seu interior. Desse modo, o Guia oficial do UKBA tem força normativa, e os julgadores têm a obrigação de nele embasar sua análise acerca da robustez e eficácia do programa de *compliance* instituído na pessoa jurídica que invocar a defesa do item 2 da seção 7 do UKBA⁶⁴.

Sendo o UKBA a primeira normativa inglesa a prever o *compliance* como circunstância que garante imunidade às empresas por ilícitos cometidos por seus funcionários, é esperado que a aplicação prática encontre alguns percalços iniciais. Isso não retira, portanto,

⁶² UK. Ministry of Justice. The Bribery Act 2010 - Guidance. Fls. 15, 18 e 20.

⁶³ UK. Ministry of Justice. The Bribery Act 2010 - Guidance. Fls. 21 a 31.

⁶⁴ UK. Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions. 30/03/2011. Fl. 10.

a importância das diretrizes apontadas pelo Guia oficial do UKBA para as jurisdições que procuram novas formas de valorizar os programas de *compliance* e incentivar a sua adoção.

Além do UKBA, as legislações da Itália e da Austrália também preveem, expressamente, a possibilidade de exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas pela manutenção de programas de *compliance*.

Na Itália, o Decreto Legislativo nº 231/2001 tem, em seus artigos 5º e 6º, previsão muito semelhante à do UKBA, no sentido de que a pessoa jurídica será responsabilizada por atos de funcionários sempre que o delito lhe trouxer benefícios ou atender aos seus interesses. Ainda, prevê que a pessoa jurídica terá sua responsabilidade isentada quando demonstrar (i) que adotou, de forma eficaz e previamente à ocorrência do ilícito, modelos de organização e de administração adequados para prevenir crimes do tipo processado; (ii) que os modelos de organização eram vigiados por um órgão autônomo dentro da lógica empresarial; (iii) que o crime processado foi cometido por pessoa física que deliberadamente fraudou o modelo de organização; e (iv) que o órgão autônomo empreendeu adequada vigilância à conduta do funcionário.

Além disso, a norma italiana define alguns requisitos para que um programa de *compliance* seja considerado robusto e eficaz, quais sejam (i) a prévia análise de riscos, mediante a identificação das atividades em que há maior probabilidade de ocorrência de delitos; (ii) a criação de mecanismos adequados para evitar a ocorrência de delitos, que atendam às peculiaridades da atividade desempenhada; (iii) a implementação de obrigações de informação sobre o manejo de recursos financeiros ao órgão responsável pelo *compliance*; (iv) a previsão de mecanismos persecutórios e punitivos internos à pessoa jurídica.

Desse modo, está clara a semelhança desta norma com o UKBA, considerando a previsão de exclusão da responsabilidade em razão da impossibilidade de demonstração de que a conduta da pessoa jurídica contribuiu para a ocorrência do ilícito.

O Código Criminal australiano, por sua vez, prevê, no item 12.3, a exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica quando for demonstrado que foi estabelecida uma cultura de integridade, e que o órgão de *compliance* agiu de forma diligente para impedir a ocorrência do ilícito processado. Não há, no entanto, um guia específico ou decisões jurisprudenciais que indiquem quais são os critérios a serem observados pela autoridade quando da identificação da robustez e eficácia do programa de *compliance*⁶⁵.

⁶⁵ FARRANT, Georgie. Corporate Liability in Australia. Global Compliance News. Disponível em: <https://globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-australia/>

A alusão a essas normativas demonstra que o UKBA não é norma isolada quanto ao tratamento conferido ao *compliance*, e que as diretrizes oficiais que consideram a sua adoção circunstância capaz de excluir a responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por funcionários que deliberadamente fraudam os sistemas internos de integridade é uma tendência crescente no âmbito internacional.

2.2. Atuação da CVM - Concessão de imunidade a investigados em razão da adoção de mecanismos de *compliance*.

No contexto da jurisdição nacional, os únicos julgados encontrados que refletem a mesma intenção da normativa do UKBA, ou seja, de garantir imunidade total às pessoas jurídicas que implementem programas de *compliance* robustos e eficazes, são da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Foi a partir desse raciocínio que a CVM, por diversas vezes, decidiu pela absolvição de pessoas jurídicas e seus administradores em investigações de ilícitos identificados no interior da corporação. Em outros casos, ainda, a CVM explicitou que, caso houvesse a efetiva comprovação de que foram cumpridos os mecanismos de controle interno e que o ilícito decorreu de falha pontual em seu funcionamento, haveria a absolvição dos entes processados.

No julgamento do Processo Administrativo Sancionador nº 22/06, em outubro de 2009, a CVM absolveu os acusados da prática de utilização de informações privilegiadas de fatos relevantes para a realização de operações, prática também denominada de *insider trading*. Para decidir pela absolvição, um dos critérios considerados foi o fato de que a companhia na qual a alegada conduta ocorreu adotava mecanismos de segregação de atividades de diferentes setores (*chinese wall*) robustos e com rígidos sistemas de controle⁶⁶.

Ainda, a comissão de inquérito não teria logrado êxito em comprovar como esses mecanismos de controle teriam sido infringidos, sendo impossível punir a pessoa jurídica pela presunção de ineficácia de seus sistemas. Eventual presunção nesse sentido levaria, por conta da natureza do ilícito processado, à obrigação de produção de prova negativa, qual seja, a de que os indivíduos não tiveram acesso às informações privilegiadas que eram mantidas segregadas pelo sistema *chinese wall*⁶⁷. Com efeito, considerou-se que os comprovados sistemas internos de controle impediram a verificação da materialidade da conduta de *insider trading*, garantindo, assim, imunidade aos sujeitos processados.

⁶⁶ CVM. Extrato de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 22/06. Julgado em 20/10/2009.

⁶⁷ CVM. Extrato de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 22/06. Julgado em 20/10/2009.

No Processo Administrativo Sancionador nº 13/05, julgado em 22/06/2012, em que se investigava as práticas de falta com o dever de diligência no exercício da função e realização de operações fraudulentas, dentre outros, houve a absolvição de pessoas jurídicas e pessoas físicas sob o argumento de que eventual condenação dependeria da comprovação de que não haviam sistemas internos voltados ao cumprimento das regras. Foi salientado, ainda, que a obrigação da corporação implementar mecanismos de controle não corresponde a uma obrigação de resultado, mas sim de adotar todas as medidas que estejam ao seu alcance para evitar a ocorrência de violações. Assim, caso haja a comprovação da adoção dos mecanismos de controle, a CVM indica que somente existirá condenação caso a acusação comprove a sua ineficácia, mediante, por exemplo, a análise do balanço entre os negócios irregulares e o volume total de negócios efetuados⁶⁸.

Nesse julgamento, a CVM ainda apontou que o fato de ter inexistido vantagem ilícita para as pessoas jurídicas ou para as pessoas físicas envolvidas na prática ilícita corroborou para a decisão de absolver os sujeitos. Outro ponto salientado se refere à determinação da CVM no sentido de que sejam criados mecanismos de controles internos, bem como a possibilidade de responsabilização da corporação em caso de implementação inadequada, mesmo que não seja identificada a ocorrência de ato ilícito. Tal determinação facilita a identificação da responsabilidade por um ilícito, considerando que, caso o sistema implementado não seja robusto, a responsabilidade, de plano, será atribuída à pessoa jurídica. Por outro lado, caso seja verificada a eficácia do sistema, não subsistirá a responsabilidade pela conduta tomada em seu detrimento⁶⁹.

Também no Processo Administrativo Sancionador nº RJ2013/11654, julgado em 23/09/2014, a CVM absolveu o acusado da prática de insider trading. Novamente, os comprovados mecanismos de controles internos impediram a verificação da materialidade da conduta, ou seja, impediram a verificação do uso das informações privilegiadas. Isso porque, a corporação detinha mecanismos de *chinese wall* que, conforme esclarecido pelo Voto, podem ser usados como defesa caso sejam demonstradamente eficazes. Se a comprovação da eficácia da segregação das informações não pudesse garantir imunidade ao sujeito

⁶⁸ CVM. Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 13/05. Julgado em 25/06/2012.

⁶⁹ CVM. Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 13/05. Julgado em 25/06/2012.

investigado, estaria sendo adotado o sistema de responsabilização objetiva ao delito de *insider trading*, o que não foi admitido pela CVM⁷⁰.

Já no Processo Administrativo Sancionador nº 18/01, julgado em 04/11/2004, apesar de terem sido os sujeitos investigados condenados pela prática de *insider trading* e falta de diligência na administração da carteira de valores mobiliários, a CVM explicitou que a responsabilidade teria sido ilidida caso houvesse sido demonstrado que foram implementados procedimentos efetivos e suficientes a assegurar o cumprimento dos manuais de *compliance*, incluindo a adoção da *chinese wall*. Ao contrário, os sujeitos investigados apenas alegaram que dispunham de tais manuais, sem apresentar elementos aptos a comprovar a sua eficácia na criação de uma cultura interna de conformidade⁷¹.

Ainda nesse caso, o presidente da CVM à época, em seu Voto, esclareceu que a análise do sistema de *chinese wall* da corporação demonstrou que se tratava de sistema falho, e que seria imprescindível a implementação de um órgão de *compliance* independente, considerando os conflitos de interesses passíveis de serem constatados devido à natureza da atividade desempenhada. Nesse voto, a mera verificação interna da infração após a sua ocorrência foi considerada insuficiente, de modo que os controles internos teriam maior probabilidade de serem considerados efetivos caso pudessem impedir a ocorrência de ilícitos⁷².

No Processo Administrativo Sancionador nº SP2005/0296, julgado em 05/12/2006, apesar de também ter havido condenação, ficou explícito que um sistema de *compliance* robusto e eficaz poderia garantir imunidade, desde que houvesse comprovação de que o ilícito consistiu em uma exceção à cultura implementada na pessoa jurídica. Veja-se:

24. Outro argumento utilizado pelos defendentes é que a existência de programas, investimentos e treinamentos seriam suficientes para excluir a ilicitude da conduta. Esse argumento poderia sim levar à exclusão da ilicitude caso os programas, investimentos e treinamentos se mostrassem eficazes, de modo que não ocorresse a ausência de comunicação em situações em que a comunicação deveria ser feita e eventuais falhas fossem, claramente, uma exceção ou uma falha operacional⁷³.

Ressalta-se, assim, a importância de, além de estabelecer mecanismos de *compliance*, documentar as medidas e procedimentos adotados, mediante a concessão de treinamentos, fixação da carga horária, acompanhamento de resultados e revisões periódicas.

⁷⁰ CVM. Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/11654. Julgado em 23/09/2014.

⁷¹ CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/01. Julgado em 04/11/2004.

⁷² CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/01. Julgado em 04/11/2004.

⁷³ CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2005/0296. Julgado em 05/12/06.

Desse modo, é possível verificar a semelhança entre a atuação da CVM e as normativas do UKBA. No entanto, há a diferença de que, no caso da CVM, muitas vezes a mitigação da responsabilidade decorre do fato de que a verificação da eficácia dos mecanismos adotados impede a constatação da própria materialidade da conduta ilícita. Além disso, enquanto o modelo da responsabilização adotado pelo UKBA é objetiva, o da CVM é o da responsabilidade subjetiva, haja vista que está inserido no escopo do direito administrativo sancionador, que não admite, em regra, a responsabilização objetiva⁷⁴.

As diretrizes usadas pela CVM no julgamento dos Processos Administrativos Sancionadores supracitados foram, posteriormente, reforçadas pela edição de duas Instruções Normativas: a Instrução CVM nº 607, de 17 de junho de 2019, que “dispõe sobre o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários” e a Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015, que “dispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários”.

Com efeito, a Instrução CVM nº 607 dispõe, em seu art. 66, inciso V⁷⁵, que a adoção de mecanismos de *compliance* efetivos que abranjam procedimentos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e códigos de ética e de conduta será circunstância atenuante na dosimetria da pena aplicada pelo cometimento de infração no contexto empresarial. Quando verificada a instauração de mecanismos de integridade avaliados por entidade pública ou privada de reconhecida especialização, a penalidade poderá ser reduzida em até 25%⁷⁶.

A Instrução CVM nº 558, por sua vez, traz a figura do diretor de *compliance* como ente independente das demais diretorias da corporação, como as diretorias de administração de carteiras e de gestão de risco. Em síntese, o diretor de *compliance* não poderá atuar em qualquer função que possa limitar a sua independência. O diretor de *compliance* será responsável, portanto, “pela implementação e cumprimento de regras, políticas, procedimentos e controles internos da Instrução”⁷⁷.

⁷⁴ Nesse sentido, dispõe MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, no sentido de que “a tipicidade no direito administrativo disciplinar segue a salutar influência do direito penal, exigindo-se da Comissão Disciplinar e Autoridade Julgadora, a verificação dos elementos objetivos do tipo bem como dos subjetivos (dolo ou culpa) e normativos”.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. Rio de Janeiro> Editora Forense. 2ª ed, 2010.

⁷⁵ Art. 66. São circunstâncias atenuantes: (...)

V – a adoção efetiva de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, avaliada por entidade pública ou privada de reconhecida especialização.

⁷⁶ BRASIL, Instrução CVM nº 607, de 17 de junho de 2019.

⁷⁷ BRASIL, Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015.

Além disso, assim como prevê o UKBA, a Instrução nº 558 impõe à corporação o dever de assegurar o cumprimento do código de ética e conduta, de implementar as regras e procedimentos de controles internos e de conceder treinamento aos funcionários que atuem em atividades de risco, bem como realizar testes periódicos de segurança e cumprimento dos mecanismos de segurança⁷⁸.

Desse modo, o art. 22 da Instrução prevê que o diretor de *compliance* deverá encaminhar anualmente ao diretor responsável pelo cumprimento de suas normas um relatório com (i) as conclusões dos exames efetuados sobre a implementação das políticas de conformidade, (ii) as recomendações acerca de eventuais deficiências identificadas e (iii) a exposição acerca das medidas adotadas ou planejadas para sanar deficiências encontradas em relatórios anteriores. Ainda, dentre os mecanismos dedicados ao controle de conformidade, a Instrução prevê a manutenção da segregação entre as atividades dos seus diferentes setores, mediante (i) a separação física das instalações, (ii) o bom uso das instalações, equipamentos e informações comuns, (iii) a preservação da confidencialidade de informações sensíveis e (iv) a restrição ao seu acesso. Todas essas práticas estão abrangidas pelo conceito de *chinese wall*⁷⁹.

À luz dessas normativas, nota-se que, ao prever como infrações as condutas de não implementar programas de conformidade e não disponibilizar documentos escritos acerca dos mecanismos adotados, a CVM entende que a efetiva adoção e documentação de políticas de integridade funcionam para garantir imunidade à corporação e seus diretores.

Desse modo, assim como demonstrado no julgamento do Processo Administrativo Sancionador nº 13/05, ao tornar as pessoas jurídicas responsáveis por assegurar a regularidade das operações ocorridas em seu interior, a CVM impede que suposto desconhecimento do ilícito sirva como excludente da responsabilidade da empresa. Ao mesmo tempo, tal diretriz garante importante defesa às corporações que atuam sob a regulação da CVM: a partir do momento em que o sistema de controle interno é comprovadamente robusto, a corporação não poderá ser responsabilizada por condutas que ocorram em detrimento de suas políticas internas e sem o seu consentimento. Cria-se, assim, uma forma eficaz de discriminação da responsabilidade por condutas ocorridas no contexto empresarial.

⁷⁸ FERREIRA, Fernando J. Prado. BINNIE, Ricardo G. DUARTE, José Paulo P. Pinheiro Neto Advogados. A instrução CVM 558 - Novas regras aplicáveis aos administradores de carteiras. Migalhas. 27/05/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI221034.81042-A+instrucao+CVM+558+Novas+regras+aplicaveis+aos+administradores+de>

⁷⁹ BRASIL, Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015.

2.3. Jurisprudência nacional antitruste e anticorrupção - O *compliance* como atenuante da penalidade.

Na jurisprudência antitruste brasileira, foram identificados alguns casos em que os programas de *compliance* instituídos em pessoas jurídicas foram considerados atenuantes da pena imposta. Em 06/09/2017, ao homologar a proposta de Termo de Compromisso de Cessação (TCC)⁸⁰ para caso de cartel com o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais – Minaspetro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) considerou como fator atenuante da contribuição pecuniária o dever de estruturação e implementação de programa de *compliance* pelo sindicato⁸¹.

Ainda no contexto do CADE, teve grande relevo midiático e jurídico, colocando as políticas de *compliance* concorrencial em foco, a aprovação de 16 acordos com 4 empresas no âmbito da Operação Lava Jato. Tais acordos foram materializados na assinatura de 16 TCCs, dentre os quais 6 deles, firmados com a Construtora Norberto Odebrecht S.A., tiveram redução das penalidades em virtude da adoção de medidas internas de integridade. Para a redução da pena aplicada, a empresa assumiu a responsabilidade pela apresentação de cronograma de implementação de um programa de *compliance* que atendesse às diretrizes do CADE e pela entrega de informações periódicas e relatórios sobre o andamento do sistema interno. Nesse sentido, apontou a Superintendência Geral do CADE (SG/CADE) em Nota Técnica que sugeriu a homologação da proposta de TCC:

48. A SG/Cade entendeu que o Programa de Integridade Concorrencial a ser implementado no âmbito do Programa de Integridade mais amplo já em implementação pela Requerente, poderá melhor identificar, gerir e mitigar riscos especificamente associados a condutas anticoncorrenciais, reduzindo a possibilidade de reincidência e oferecendo maior segurança de que o Termo de Compromisso será cumprido em sua integralidade, ao longo de todo o período de pagamento da contribuição pecuniária.⁸²

Desse modo, a obrigação de implementar programa de integridade concorrencial robusto e que siga os parâmetros estabelecidos pelo CADE em seu Guia sobre Programas de *Compliance* foi considerada um dos parâmetros da dosimetria da multa aplicada, figurando

⁸⁰ Nos termos do Guia emitido pelo CADE, um Termo de Compromisso de Cessação “consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas”. CADE. Guia - Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. 05/2016.

⁸¹ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 87/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.003071/2017-35 (Apartado de acesso restrito nº 08700.003072/2017-80), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 (Apartado de Acesso Restrito nº 08012.002867/2007-57). 19/11/2018.

⁸² Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.005078/2016-19 (ref. Apartado Restrito nº 08700.005079/2016-55), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11 (ref. Autos Restritos nº 08700.001837/2016-66). 31/08/2017.

como fator redutor que representou descontos que variaram de 2% a 4% nos TCCs firmados com a Odebrecht⁸³.

No entanto, a decisão de usar o *compliance* como fator apto a reduzir as penas aplicadas não foi unânime. Os conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, em seus votos vencidos, rejeitaram a possibilidade de que a implementação de programas de *compliance* figurasse como causa de redução da penalidade aplicada.

Para o conselheiro João Paulo de Resende, a premiação da implementação do programa de integridade mediante redução de multas pode representar incentivo reverso por parte do CADE, considerando a possibilidade de que empresas passem a adotar tais sistemas internos como uma mera fachada tendente à obtenção de multas menores, e não como forma idônea de evitar a ocorrência de infrações:

48. A primeira delas consiste na aplicação de desconto adicional, de 2% a 4%, concedido em razão da implementação pela Compromissária de Programa de Integridade Concorrencial, destinado a identificar, mitigar e remediar os riscos às violações à Lei nº 12.529/2011. Entendo, apesar da previsão no atual guia de TCC, que tal desconto se mostra completamente inoportuno e que a implementação do programa poderia até vir a ser uma obrigação imposta às condenadas ou Requerentes, mas não deve ser a razão para a concessão de desconto adicional, podendo incentivar a criação de programas “de fachada” apenas para a obtenção do desconto, gerando, possivelmente, um incentivo perverso para as empresas.⁸⁴

A conselheira Cristiane Alkmin, por sua vez, apontou que entende inadequada a diretriz do CADE de premiar empresas que adotem programas de integridade, considerando que a busca por meios de evitar a ocorrência de infrações é um interesse da entidade empresarial como ente privado, sendo papel do CADE apenas fomentar a sua adoção por meio de Guias, sem a concessão de prêmios às empresas. Apontou que a melhor forma de incentivar o *compliance* concorrencial é mediante a aplicação de penalidades incisivas nos casos de descumprimento das normas. Veja-se:

16. Com respeito ao programa de *compliance* concorrencial, cumpre observar que, em todos os TCCs propostos pela Odebrecht, foram concedidos descontos que variam de 2% a 4%, em razão da implementação de um mesmo Programa de Integridade (ou *compliance*). Em outras palavras, ainda que esteja previsto no Guia de TCC do Cade, é como se o Estado estivesse premiando quem resolvesse “colocar ordem na sua própria casa”. Se fosse um cartel em um mercado com baixos efeitos

⁸³ Os casos em que a Odebrecht foi agraciada com a redução da multa em virtude da obrigação de implementar um programa de *compliance* robusto são: Requerimento nº 08700.004341/2016-44 (ref. Apartado Restrito nº 08700.004342/2016-99); Requerimento nº 08700.008158/2016-18 (ref. Apartado de Acesso Restrito nº 08700.007876/2016-77); Requerimento nº 08700.005078/2016-19 (ref. Apartado Restrito nº 08700.005079/2016-55); Requerimento nº 08700.007077/2016-09 (Ref. Apartado Restrito nº 08700.006736/2016-81); Requerimento nº 08700.008159/2016-62 (Ref. Apartado Restrito nº 08700.007874/2016-88) e Requerimento nº 08700.004337/2016-86 (ref. Apartado Restrito nº 08700.004338/2016-21).

⁸⁴ Requerimento nº 08700.008158/2016-18 (ref. Apartado de Acesso Restrito nº 08700.007876/2016-77). Voto Vogal. Conselheiro João Paulo de Resende. 21/11/2018.

para a sociedade, com executivos pouco instruídos ou residentes em áreas mais humildes, considerar como redutor de multa a adoção de um programa de *compliance* poderia até ser considerado. Para as maiores empresiteiras do país, contudo, não parece ser cabível.

17. Em linha com os entendimentos do DoJ e da Comissão Europeia (e mesmo estando contemplado no Guia de TCC do Cade), entretanto, discordo que o Cade deva conceder descontos em sede de sanções pecuniárias por esta razão. De fato, programas de *compliance* devem ser entendidos como um instrumento benéfico para a própria empresa, não sendo função do Cade fomentar sua adoção por meio de redução da sanção pecuniária[5], ainda que possa fomentar por meio da publicação de um Guia de melhores práticas para que possa servir como função educativa para as empresas, como fez em 2016.

18. Entendo, por sua vez, que o maior incentivo que o Cade pode dar para que as empresas implementem um programa de *compliance* concorrencial efetivo (não só robusto) é punir de forma dissuasória e com parcelamentos que se estendam por 2 anos, na maioria dos casos, e, no máximo, para casos excepcionais, a 4 anos, como indica o Guia de TCC do Cade.

Saliente-se que, nesse caso, não estava em análise a responsabilidade da pessoa jurídica pela infração processada. Em outras palavras, a concessão de imunidade à pessoa jurídica em detrimento da responsabilização exclusiva de pessoas físicas integrantes da corporação não foi suscitada, havendo o reconhecimento de que o programa de *compliance* prévio à infração era falho.

No ponto, a autoridade não cogitou a concessão de imunidade às pessoas jurídicas, haja vista que inexistia programa de *compliance* eficaz prévio à ocorrência da infração. Com efeito, nem o CADE nem a CGU adotam o posicionamento de exclusão da responsabilidade em suas decisões, ainda que haja programa de *compliance* à época da ocorrência do ato ilícito. Desse modo, o tratamento dado pelo CADE ao *compliance* exaure-se, atualmente, na concessão de benefícios quando da assinatura de acordos de leniência, TCCs, consultas sobre a interpretação da legislação, e na dosimetria das penalidades, conforme será aprofundado na seção 3.1. deste trabalho.

Ainda, a SG/CADE salientou, em sua Nota Técnica, que o *enforcement* estatal, ou seja, o dever do CADE garantir o cumprimento de suas normas pelos particulares foi consubstanciado no incentivo à adoção de um efetivo programa de integridade aliado à contribuição pecuniária dissuasória imposta⁸⁵. Assim, ao homologar a proposta de TCC, o Plenário do CADE entendeu que o desconto decorrente da implementação de um programa de *compliance* não consistiu em premiação à empresa que se comprometeu a adotá-lo, mas sim em uma forma de assegurar o cumprimento de suas normas.

Recentemente, em 23/05/2019, com a aprovação de proposta de TCC firmada com a empresa Valbrás Indústria e Comércio Ltda., o CADE voltou a considerar o compromisso de

⁸⁵ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.005078/2016-19 (ref. Apartado Restrito nº 08700.005079/2016-55), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11 (ref. Autos Restritos nº 08700.001837/2016-66). 13/05/2019.

implementação de um programa de *compliance* como fator de redução da multa imposta⁸⁶. Esse caso demonstra que a repercussão dos TCCs firmados com a Odebrecht pode ter inaugurado uma tendência decisória no CADE, demonstrando que o órgão público valoriza o *compliance* como forma de garantir o cumprimento de suas normas.

Ressalte-se que, nesses casos ocorridos no âmbito do CADE, diferente do que se verificou nos casos analisados nas seções anteriores deste trabalho, o benefício concedido decorreu do compromisso assumido pela empresa em implementar um programa de integridade concorrencial como forma de evitar a ocorrência futura de infrações. Ou seja, a compensação não adveio da verificação de programa de *compliance* robusto prévio à ocorrência da infração, mas sim do compromisso em implementar o programa após a materialização de conduta ilícita. Também por isso que não houve discussão acerca da possibilidade de considerar o *compliance* como excludente da responsabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, na análise da jurisprudência nacional, verifica-se que a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão competente para celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal⁸⁷, adota o mesmo entendimento do CADE. A CGU aprovou a Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018⁸⁸, em que determina a metodologia a ser usada para o cálculo da multa administrativa a ser aplicada no âmbito dos acordos de leniência firmados.

Na norma, a CGU determina que deverão ser considerados alguns parâmetros como redutores da multa, dentre os quais está a comprovação de que a pessoa jurídica possui e aplica um programa de integridade. Após a edição da Instrução Normativa, foram firmados 6 acordos de leniência pela CGU, e em todos houve a determinação de aperfeiçoamento de programa de integridade por parte das pessoas jurídicas. Essa determinação é um dos requisitos básicos para que uma empresa possa firmar acordo de leniência e gozar dos seus benefícios, como a não aplicação de sanções legais ou a concessão de percentual redutor do valor da multa pecuniária prevista.

⁸⁶ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 36/2019/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Requerimento nº 08700.004192/2018-85 (Apartado Restrito nº 08700.004203/2018-27), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.002904/2017-41. 19/11/2018.

⁸⁷ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (...)

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

⁸⁸ Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018.

Desse modo, dentre os pontos de convergência entre o entendimento do CADE e da CGU está a valorização de alguns requisitos capazes de demonstrar a robustez e a eficácia do programa de *compliance* instituído, como (i) implementação de órgão autônomo e independente competente para temas de ética e integridade, com a participação de membros da alta direção; (ii) formalização e documentação dos mecanismos de integridade adotados; (iii) integridade dos membros da alta direção e seu envolvimento nas políticas de *compliance*, como forma de criar uma cultura de integridade; (iv) adequação dos mecanismos adotados com as especificidades da atividade desenvolvida na empresa; (v) disponibilização e divulgação de guias e treinamentos formais pela empresa; (vi) reavaliação periódica das medidas adotadas pelo setor de *compliance*; (vii) adoção de mecanismos que possibilitem a verificação prévia do risco de cometimento de irregularidades, como forma de evitar a ocorrência de infrações; (viii) adoção e divulgação de canais de denúncias de irregularidades; (ix) adoção de medidas internas para investigação e punição de infrações ocorridas e para o aprimoramento do programa de integridade após a ocorrência da infração⁸⁹⁹⁰.

Do exposto, verifica-se que o tratamento dado pelo CADE e pela CGU ao *compliance* difere muito daquele concedido pelas autoridades analisadas nas prévias seções deste trabalho. Enquanto as autoridades internacionais e a CVM consideraram o *compliance* como circunstância capaz de excluir a responsabilidade da pessoa jurídica, o CADE e a CGU, no máximo, o consideraram fator de redução das penalidades impostas. Tal dicotomia fica ainda mais clara quando se verifica que na experiência do CADE não há previsão legal expressa do *compliance* como atenuante da pena e que a aplicação desta atenuante não é decisão unânime entre os conselheiros.

2.4. Análise dos incentivos adotados para a implementação de mecanismos de *compliance*.

A partir das considerações trazidas neste capítulo, foi possível identificar que as diretrizes usadas pelo UKBA e pela CVM guardam grandes semelhanças, ao passo em que o entendimento da CGU e do CADE não seguem a mesma linha. Com efeito, tanto o UKBA quanto a CVM preveem a concessão de imunidade integral às pessoas jurídicas que comprovarem a adoção de programas de integridade robustos e eficazes, enquanto a CGU e o

⁸⁹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR. 2018. Disponível em:

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>

⁹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Programas de Compliance 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf.

CADE concedem apenas descontos nas penalidades aplicadas às empresas que se comprometerem a adotar tais mecanismos.

Com efeito, observa-se que tal diferença decorre, dentre outros motivos, do fato de que o UKBA e a CVM analisam programas de *compliance* prévios à ocorrência da infração, enquanto que o CADE e a CGU concedem descontos na penalidade a empresas que, embora não possuíssem programas de integridade considerados robustos à época da ocorrência da infração, se comprometem a implementá-los como forma de prevenir infrações futuras. No ponto, uma empresa que investe em um programa de *compliance* antes da verificação da ocorrência de infração demonstra maior comprometimento com os valores éticos e com as normas do que a empresa que, após ser processada pela ocorrência de ilícito, busca adotar mecanismos para evitar reiteração.

No entanto, o fato de o CADE e a CGU não garantirem imunidade às empresas que se comprometem a adotar um programa de *compliance* após a ocorrência da infração não mitiga a valorização de tais programas pelas instituições. Ao contrário, tal fato indica a relevância atribuída ao *compliance* como forma de evitar a ocorrência de infrações, considerando que mesmo empresas que não detinham mecanismos robustos de integridade podem se beneficiar da atenuação da pena, desde que decidam modificar sua cultura organizacional.

Outro ponto relevante do posicionamento do UKBA e da CVM é o fato de que tais instituições, apesar de adotarem modelos de responsabilização diferentes, rejeitam a atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas. Assim, ambas expõem que para que seja possível a responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos cometidos por seus funcionários, há de ser identificada ao menos uma conduta ilícita, por meio de falhas verificadas em seu programa de integridade, ou nexo de causalidade, a ser constatado caso a infração atenda aos interesses da pessoa jurídica.

A CVM, apesar de adotar regime de responsabilização subjetiva, entende cabível a exclusão da responsabilidade dos sujeitos por entender que o sistema de *compliance* impede a identificação da materialidade da conduta processada, ou seja, da existência de ato ilícito atribuível aos sujeitos. Desse modo, o argumento da eficácia do sistema de controle interno poderia afastar a responsabilidade ainda que se adotasse o sistema de responsabilidade objetiva, haja vista que nem nesse modelo a responsabilidade subsiste ante a inexistência de conduta e nexo causal.

Igual raciocínio pode ser identificado na defesa prevista no item 2 do delito da seção 7 do UKBA. De início, apesar de adotar o modelo da responsabilidade objetiva, a norma

considera o parâmetro da existência de nexo causal, imprescindível para a atribuição de responsabilidade, quando indica que somente haverá responsabilidade da pessoa jurídica quando o funcionário adotar a conduta ilícita com a intenção de beneficiar a empresa. Assim, a pessoa jurídica só será responsável pela conduta que gerar ou puder gerar benefícios para si. Além disso, a defesa da seção 2 exclui a responsabilidade pela conduta que decorre de conduta exclusiva do funcionário, de modo que, por ter a pessoa jurídica direcionado a sua conduta à criação de mecanismos internos de integridade, não há como lhe atribuir responsabilidade por conduta tomada contra seus interesses, haja vista a inexistência de nexo causal.

Ainda, tanto o UKBA quanto a CVM preveem como ato ilícito a falha da pessoa jurídica em implementar um programa de integridade robusto, embora no UKBA a responsabilidade só seja identificada caso seja cometida uma infração por um funcionário. Desse modo, a imunidade quando o *compliance* é considerado eficaz advém de uma responsabilidade prévia de adotar procedimentos internos. Assim, caso a pessoa jurídica tenha êxito em cumprir as diretrizes apontadas pelas autoridades, inexistente fundamento apto a manter a sua punição por um ato cometido por um funcionário. É dizer: não conferir imunidade às pessoas jurídicas que investem no cumprimento da sua obrigação levaria ao desincentivo ao seu cumprimento, tornando a instauração do *compliance* um ônus imposto às companhias apenas para evitar sanções.

Ainda, todas as autoridades analisadas preocuparam-se em fomentar o *compliance* mediante a criação de mecanismos de incentivos aliados a aparato dissuasório. Ao passo em que concedem benefícios às pessoas jurídicas que implementam programas de integridade, garantem a aplicação de penalidades vigorosas às empresas que burlarem as normas. Assim, o programa de *compliance* é vantajoso às empresas tanto pelas atenuantes e imunidades concedidas, quanto pelas altas penas impostas a quem descumprir as normas. No ponto, o *compliance* não é só uma forma das autoridades garantirem o cumprimento de suas normas, mas é, principalmente, uma medida vantajosa para a pessoa jurídica, que diminuirá os riscos de se ver envolvida em infrações.

Corroborando para isso o reconhecimento, pelo UKBA e pela CVM, de que, mesmo um programa de *compliance* considerado robusto pode ser deliberadamente burlado por um funcionário, o que não deslegitima a sua eficácia. Verifica-se, portanto, que a obrigação da pessoa jurídica na instituição do *compliance* não é de resultado, mas sim de meio, mediante a adoção de todas as medidas que estão ao seu alcance para evitar a ocorrência de infrações.

Para a análise da existência de conduta ilícita, o UKBA adota o parâmetro de prova da ponderação da probabilidade de que o *compliance* pudesse evitar a ocorrência do ilícito, a fim de identificar até que ponto a infração decorreu de conduta atribuível à pessoa jurídica. Já a CVM adota a inversão do ônus da prova, de modo que, caso seja comprovada a adoção de mecanismos de integridade pela pessoa jurídica, cumprirá à comissão de inquérito demonstrar que houve alguma falha que levou à ocorrência da conduta ilícita. Em outras palavras, a CVM rejeita a presunção de ineficácia de um programa de *compliance* comprovadamente existente na pessoa jurídica.

Por fim, ponto comum em todas as diretrizes analisadas é a exigência de diversos requisitos para que se considere um programa de *compliance* robusto e passível de garantir benefícios à pessoa jurídica. O UKBA, o CADE e a CGU possuem Guias oficiais com uma série de requisitos para que um programa de *compliance* seja considerado eficaz e robusto, os quais procuram garantir maior segurança jurídica às empresas que têm interesse em adotar programas que garantam o real cumprimento das normas. Assim, reconhece-se que os parâmetros usados para aferir a eficácia de um programa de integridade não são facilmente identificáveis, o que gera certa subjetividade na análise.

Tal subjetividade é bastante problemática, considerando a possibilidade de que os benefícios oferecidos funcionem como incentivos inversos para que empresas adotem programas de *compliance* de fachada, apenas com a intenção de evitar ou reduzir penalidades. Desse modo, ao incentivar a implementação de programas de integridade por meio de reduções ou isenções de penalidades, é crucial que as autoridades indiquem com a maior clareza possível os parâmetros a serem usados para a análise de sua eficácia e robustez, bem como mantenham uma linha de análise clara quando do julgamento de casos práticos.

3. Aplicabilidade do *compliance* como excludente de responsabilidade no direito concorrencial brasileiro.

Como visto nos capítulos anteriores, a exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas que adotam o *compliance* ainda é excepcional, seja no contexto nacional ou internacional. É por isso que a análise dos casos em que tal imunidade foi concedida é crucial para a identificação de tendências e fundamentos jurídicos, bem como da sua adequação ao ordenamento concorrencial brasileiro.

Busca-se, no presente capítulo, identificar o ponto central que levou as autoridades apresentadas nos capítulos anteriores a decidirem pela inexistência de responsabilidade das pessoas jurídicas, e verificar se existe ponto de convergência entre todas elas. A partir daí, será procedida a análise do cabimento e adequação do raciocínio identificado ao ordenamento concorrencial brasileiro.

Assim, na seção 3.1., será analisado o arcabouço normativo do controle de condutas do direito concorrencial brasileiro, bem como a forma como a autoridade percebe o *compliance* e o relaciona aos ilícitos processados. Na seção 3.2., serão analisados os pontos centrais do raciocínio empreendido para excluir a responsabilidade de pessoas jurídicas em face do *compliance* e, a partir disso, será exposto de que forma tais argumento se adequam ao ordenamento concorrencial brasileiro. Na seção 3.3., por sua vez, será exposta a forma como deverá ser assegurado que um programa de *compliance* seja efetivamente passível de excluir a responsabilidade, mediante o enfoque na segurança jurídica tanto da autoridade quanto dos sujeitos regulados.

3.1. O ordenamento concorrencial brasileiro e suas relações com o *compliance*.

O sistema brasileiro de defesa da concorrência adota o modelo de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que cometem infrações à ordem econômica. Tal opção está clara no art. 36 da Lei nº 12.529/2011⁹¹, que expõe que constituem infração os atos que, independentemente de culpa, tenham por objeto ou possam produzir efeitos danosos à concorrência, ainda que não sejam alcançados. Desse modo, a análise da punibilidade de uma conduta baseia-se na verificação de seus efeitos ou da potencialidade de gerá-los. Veja-se:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Com efeito, as infrações ao sistema brasileiro de defesa da concorrência são identificadas “independentemente de culpa”, desde que produzam ou possam produzir efeitos danosos à concorrência. Assim, além da subsunção da conduta às hipóteses exemplificativas indicadas no § 3º do dispositivo transcrito, é necessário que os efeitos previstos no caput sejam verificados ou possam ser gerados pelo ato. Mesmo para as condutas “por objeto”, que, nos termos do caput, tenham por objeto os efeitos anticoncorrenciais, o fundamento para a

⁹¹ BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

punição é a presunção de que a conduta gerará efeitos deletérios. Há, portanto, verdadeira inversão do ônus da prova, de modo que caberá ao investigado afastar a presunção de ocorrência de efeitos anticoncorrenciais⁹²⁹³.

Ressalte-se que as infrações por objeto também se enquadram no modelo de responsabilização objetiva. O conceito de ter por objeto a produção de efeitos anticoncorrenciais não consiste em uma análise da intencionalidade do agente ao praticar a conduta. Trata-se da verificação da racionalidade econômica da conduta por meio de fatores objetivos, ou seja, a análise de se os aspectos concretos da conduta permitem a conclusão de que o seu objeto é deletério à concorrência. Considerar de outra forma seria ignorar os termos expressos do dispositivo legal, que rechaça a verificação de elementos volitivos para a identificação do ato ilícito⁹⁴⁹⁵.

No ponto, o cartel, exemplo de conduta ilícita por objeto, é punível a priori, sem a necessidade de ponderação acerca dos possíveis efeitos anticoncorrenciais e eficiências decorrentes da conduta, sendo suficiente a constatação da sua materialidade e autoria. Isso porque há uma presunção de ocorrência de efeitos deletérios proveniente do histórico de análise de condutas semelhantes pela autoridade, a qual torna desnecessária a análise detida em prol da economia de recursos escassos de processamento e julgamento dos casos. Assim, mesmo nesse caso, os efeitos são o fundamento da punição, considerando a citada presunção. No ponto, o sujeito processado teria o ônus de, se for o caso, demonstrar a inexistência de potencialidade lesiva da conduta, a fim de afastar a presunção de ilicitude⁹⁶.

Portanto, em caso de ilícitos cometidos por pessoas jurídicas, a responsabilidade sempre será objetiva, dependendo da verificação da ocorrência ou potencialidade de geração de efeitos deletérios à concorrência.

⁹² MENDES, Francisco Schertel. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance* concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Fl. 53.

⁹³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial - Doutrina, jurisprudência e legislação*. Editora Saraiva, 2016. Fls. 91 a 100.

⁹⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial - Doutrina, jurisprudência e legislação*. Editora Saraiva, 2016. Fls. 91 a 100.

⁹⁵ Assim dispôs o Conselheiro Marcos Paulo Verissimo, no sentido de que nas condutas ilícitas por objeto, a ilicitude se presumirá por seu próprio conteúdo objetivo. Já nas condutas ilícitas por efeitos, a ilicitude depende de prova dos efeitos, ainda que potenciais. No entanto, “em ambos os casos, dispensa-se, como visto, qualquer prova de elemento volitivo por parte do agente, já que a lei fala em responsabilidade independente de culpa”. (voto-vista do Cons. Marcos Paulo Verissimo no Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18, Representante: SDE ex officio, Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro – ABAV- -RJ, Cons. Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado 26-2-2013).

⁹⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial - Doutrina, jurisprudência e legislação*. Editora Saraiva, 2016. Fls. 97 e 98.

Por outro lado, a responsabilidade das pessoas físicas administradoras de pessoa jurídica em que se verifica a ocorrência de infração dependerá da comprovação de culpa ou dolo, sendo, portanto, responsabilidade subjetiva, conforme dispõe o art. 37, inciso III, da Lei nº 12.529⁹⁷. No ponto, quando identificada a responsabilidade das pessoas físicas pela prática de um ilícito, a empresa responderá solidariamente, nos termos dispostos no art. 32 da Lei nº 12.519⁹⁸.

Não há, na normativa concorrencial brasileira, a previsão do *compliance* como excludente da responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários. Da mesma forma, como visto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal que tem por escopo a defesa da livre concorrência no Brasil, com atribuições investigatórias e decisórias no âmbito dos processos administrativos de infrações concorrenciais, em seus julgamentos, não atribuiu imunidade a nenhuma empresa em razão de programa de *compliance* estabelecido previamente à ocorrência de infrações.

A fim de incentivar a adoção de programas de *compliance* pelas empresas, o CADE passou a prever a instituição de mecanismos de conformidade robustos e eficazes como circunstância atenuante na dosimetria das penas impostas. No art. 45 da Lei nº 12.519⁹⁹, em que estão previstas as circunstâncias a serem consideradas quando da dosagem da pena, não há a previsão explícita da adoção e manutenção de programas de *compliance*. No entanto, o CADE considera que o *compliance* demonstra a boa-fé da pessoa jurídica envolvida na infração, circunstância prevista no inciso II do dispositivo legal.

Essa intenção do CADE de fomentar o *compliance* concorrencial tornou-se explícita quando da edição, em 2015, do Guia para Programas de *Compliance* Concorrencial, em que está prevista a concessão de reduções nas multas e contribuições pecuniárias às empresas que detenham um programa de *compliance* que atenda às suas exigências à época da ocorrência da

⁹⁷ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...)

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

⁹⁸ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

⁹⁹ Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

conduta ilícita¹⁰⁰. Além disso, como visto no capítulo 2 deste trabalho, o CADE tem considerado o *compliance* como causa de redução das penalidades aplicadas em caso de assinatura de TCCs e acordos de leniência.

Para que um programa de *compliance* venha a ser considerado pelo CADE como circunstância passível de reduzir a penalidade a ser aplicada à pessoa jurídica, é necessário que haja uma verdadeira mudança na cultura corporativa, de modo que todos os funcionários estejam cientes do interesse da pessoa jurídica em se manter em conformidade com as normas. Nesse sentido, o Guia reconhece que cada empresa deverá implementar um programa de *compliance* que atenda às suas necessidades peculiares e que não represente um custo demasiado grande para empresas pequenas, atendendo ao aporte adequado de recursos para esse fim. Ou seja, não há modelo que possa ser considerado previamente eficaz: deverá ser verificada a criação de um sistema que seja condizente com as características peculiares de cada empresa, e, principalmente, que esse sistema possua eficácia em modificar a cultura corporativa. Nesse sentido dispõe o Guia:

A estratégia mais ampla deve ser a de incorporar o *compliance* à cultura de negócios da empresa, de modo que não seja possível dissociar seu comprometimento com a observância das leis de suas normas internas. A partir daí, o programa correrá menor risco de ser visto como um entrave para o alcance das metas de performance e passará a ser considerado e incorporado como parte das regras fundamentais do negócio.

Assim, dentre os requisitos para que um programa de *compliance* seja considerado robusto e efetivo, estão: (i) a constante revisão e adaptação do programa; (ii) o envolvimento da alta direção da empresa; (iii) o aporte de recursos considerados adequados, ou seja, suficientes em relação às peculiaridades da empresa; (iv) a autonomia e independência do setor de *compliance* no contexto empresarial; (v) a análise detalhada de riscos da atividade empresarial antes da implementação do programa; (vi) o oferecimento de treinamentos aos funcionários; (vii) a recorrente retransmissão das regras de *compliance* concorrencial; (viii) o constante monitoramento do programa, incluindo a verificação da efetividade das sistemáticas adotadas; (ix) a documentação dos sistemas adotados; (x) a previsão de punições internas aos funcionários que descumprirem as determinações do *compliance*.

Nesse sentido, não serão considerados pela autoridade aqueles programas instaurados apenas com a intenção de obter os benefícios de redução das penalidades, sem visar a criação de verdadeira cultura de respeito à Lei. No ponto, Athayde e Frazão apontam para o risco de que obrigações de instauração de *compliance* levem à proliferação de programas de fachada,

¹⁰⁰ MENDES, Francisco Schertel. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance - Concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Fls. 82 e 83.

com pouco potencial para efetivamente mudar as práticas e a cultura corporativa, haja vista que a obrigatoriedade é incompatível com a autorregulação, que deverá partir da iniciativa dos próprios entes regulados¹⁰¹. Ressalte-se, novamente, que o programa deverá estar em conformidade com as peculiaridades de cada organização, de modo que os requisitos apontados no Guia não são exaurientes¹⁰².

O Guia prevê, portanto, que um programa de *compliance* robusto e efetivo, que crie uma cultura de integridade na empresa, poderá garantir benefícios às pessoas jurídicas quando da assinatura de acordos de leniência, TCCs, consultas sobre a interpretação da legislação concorrencial, e na dosimetria das penalidades. No entanto, é ressaltado que o ônus de demonstrar a existência de um programa de *compliance* robusto compete à pessoa jurídica investigada¹⁰³.

Mesmo quando os requisitos necessários à configuração de um programa de *compliance* robusto e eficaz são atendidos pela pessoa jurídica, o Guia reconhece que persiste a possibilidade de verificação da ocorrência de infrações no contexto empresarial, haja vista que uma pessoa jurídica é composta por diversos sujeitos independentes e que têm interesses próprios. No ponto, vale transcrever a passagem em que o Guia dispõe que “o mais elementar sobre o funcionamento de um programa de *compliance* concorrencial é compreender que sua adoção não garante que não ocorram violações à LDC”¹⁰⁴.

Vale ressaltar, ainda, que o Guia explicita que o fomento ao *compliance* justifica-se não apenas pelo fato de poder trazer benefícios às empresas que os adotarem, mediante a redução de penalidades. Fica claro que um dos motivos pelos quais as empresas devem se interessar em adotar mecanismos de *compliance* é que tais programas têm o condão de trazer grandes benefícios à sociedade como um todo, a saber, terceiros, investidores, consumidores e parceiros comerciais. Os benefícios se devem ao fato de que o *compliance* corrobora para que “os mercados permaneçam competitivos, previne a ocorrência de infrações e danos delas decorrentes e evita perda de valor da empresa”¹⁰⁵. Assim, o CADE não visa apenas conceder benefícios pela adoção do *compliance*, mas também garantir que toda a sociedade se beneficie com um ambiente mais íntegro no contexto das organizações empresariais.

¹⁰¹ ATHAYDE, Amanda. FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Fls. 303 e 306.

¹⁰² BRASIL. CADE. Guia - Programas de *Compliance*. Janeiro de 2016.

¹⁰³ BRASIL. CADE. Guia - Programas de *Compliance*. Janeiro de 2016. Fls. 39 a 42.

¹⁰⁴ BRASIL. CADE. Guia - Programas de *Compliance*. Janeiro de 2016. Fl. 14.

¹⁰⁵ BRASIL. CADE. Guia - Programas de *Compliance*. Janeiro de 2016. Fl. 11.

Por fim, destaque-se que o Guia prevê que as empresas devem adotar mecanismos de *compliance* em razão dos benefícios que eles trazem ao próprio CADE, considerando que a adoção de mecanismos que visam prevenir a ocorrência de infrações às expensas das pessoas jurídicas gera uma redução dos custos com processamento de ilícitos, reduzindo, portanto, custos à sociedade como um todo¹⁰⁶. Em outras palavras, espera-se que os programas instituídos pelas empresas, mediante o aporte de recursos próprios, gerem a efetiva redução da ocorrência de infrações, de modo que os gastos do CADE com o processamento e punição de condutas (e, por conseguinte, os gastos da população que são destinados a essa área) possam ser reduzidos.

Nesse sentido, a concessão de descontos nas penalidades pode ser considerada um retorno aos investimentos feitos pela empresa no seu programa de *compliance* previamente à ocorrência da infração. Com efeito, ao realizar aportes financeiros necessários à consolidação de mecanismos de *compliance*, a empresa demonstra que seu interesse é o de respeitar o ordenamento jurídico, e, assim, gera benefícios à sociedade e ao CADE. Se um funcionário comete um ilícito em detrimento dos interesses legítimos da empresa, o CADE entendeu razoável a concessão de uma atenuante a essa empresa, como forma de restituir os benefícios gerados à sociedade.

Desse modo, pode-se concluir que a adoção de um programa de *compliance* por uma pessoa jurídica é uma forma de atendimento à função social da empresa e à defesa dos consumidores, prevista no art. 170 da Constituição Federal¹⁰⁷ e no art. 1º da Lei nº 12.529¹⁰⁸. Essa preocupação social parece ser fator determinante na escolha do CADE em oferecer mecanismos de fomento à adoção do *compliance* pelas empresas, mediante a criação de

¹⁰⁶ BRASIL. CADE. Guia - Programas de *Compliance*. Janeiro de 2016. Fl. 11.

¹⁰⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

¹⁰⁸ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

incentivos pecuniários às corporações que investem antes da verificação da ocorrência de infrações.

3.2. Adequação dos argumentos usados para conceder imunidade às pessoas jurídicas ao ordenamento brasileiro.

Da análise dos casos e normativas estudados nos capítulos anteriores, na experiência internacional e nacional da CVM, não foi possível identificar padronização quanto à utilização de modelo de responsabilidade objetiva ou subjetiva dos sujeitos investigados pela prática de ilícitos e seu impacto na exclusão de responsabilidade com base no argumento do *compliance*. Com efeito, a normativa FCPA adota o sistema de responsabilização subjetiva, haja vista a necessidade de demonstração da intenção das pessoas jurídicas em corromper uma autoridade por meio da conduta empreendida.

Da mesma forma, a FCA e a PRA, no julgamento do caso do Banco Barclays, processaram a conduta de agir sem a devida perícia, cuidado e diligência, de modo que seria necessária a demonstração da existência de, pelo menos, culpa para que houvesse condenação. A CVM, também, adota o modelo de responsabilização subjetiva, considerando que, por diversas vezes, os conselheiros expuseram a impossibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva aos sujeitos processados.

Ao contrário, a norma UKBA adota o modelo mais semelhante ao antitruste brasileiro, mediante a atribuição de responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas que não têm êxito em evitar o cometimento de infração por seus funcionários. Tanto o direito concorrencial quanto o anticorrupção brasileiros adotam, explicitamente, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por ilícitos cometidos no contexto empresarial, e consideram que o *compliance* pode servir, no máximo, como atenuante na dosimetria da pena aplicada¹⁰⁹.

No entanto, alguns pontos de convergência foram identificados em todos os casos analisados em que foi concedida imunidade às pessoas jurídicas por conta do programa de *compliance* estabelecido: (i) o foco na eficácia e robustez dos programas de *compliance*, mediante a identificação de uma cultura de integridade instituída na pessoa jurídica; (ii) a inexistência de vantagem ilícita auferida pelas pessoas jurídicas absolvidas; (iii) a verificação

¹⁰⁹ Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

de que a conduta ilícita se deu em desacordo com os interesses legítimos da pessoa jurídica; e (iv) o foco da análise em aspectos da conduta da pessoa física em contraponto com a conduta da pessoa jurídica que criou o sistema de controles internos.

Quanto a esse último ponto, o que se verificou é que as autoridades julgadoras não trataram de aspectos da culpabilidade da conduta adotada pelas pessoas jurídicas, mesmo nos casos em que é adotado o modelo de responsabilidade subjetiva. As análises voltaram-se à identificação da existência de conduta da pessoa jurídica que pudesse ser vinculada ao ilícito cometido.

Ao identificarem a existência de uma cultura de integridade suficientemente difundida no contexto empresarial, as autoridades julgadoras consideraram que a conduta ilícita se deu em desacordo às diretrizes apontadas como sendo de legítimo interesse da pessoa jurídica. Por diversas vezes, as autoridades explicitaram que os funcionários deliberadamente burlaram o sistema de *compliance* instituído, de modo que praticaram a conduta sabendo que estariam indo de encontro às recomendações explícitas da pessoa jurídica.

No ponto, as condutas ilícitas foram consideradas exceções à cultura de integridade instaurada nas pessoas jurídicas, e não refletiam os interesses corporativos. Corrobora para isso o fato de que as autoridades julgadoras verificaram que inexistiu vantagem ilícita auferida pelas pessoas jurídicas que, ao contrário, tiveram sérios prejuízos reputacionais¹¹⁰. Isso significa que as autoridades consideraram que as diretrizes apontadas pelas pessoas jurídicas em relação à necessidade de respeito às regras de *compliance* refletiam o legítimo interesse das empresas, que não contribuíram para a ocorrência do ilícito. Dessa forma, os programas de *compliance* instituídos criaram uma cultura corporativa de integridade tão forte que o risco de ocorrência de ilícitos foi excluído da atividade desempenhada, sendo atribuível tão somente ao ato da pessoa física.

Nos julgamentos, foi considerado que as pessoas jurídicas de fato tomaram todas as medidas que estavam ao seu alcance para evitar a ocorrência de um ilícito, de modo que não havia cenário razoável em que a infração pudesse ter sido evitada pelo sistema de *compliance*. Verifica-se, portanto, que o *compliance* garantiu a imunidade das pessoas jurídicas por conta da impossibilidade de verificação de ato ilícito atribuível à empresa, bem como da

¹¹⁰ Mesmo no caso analisado na seção 1.1., em que, de acordo com as defesas alegadas por Garth Peterson, haveria possibilidade de se considerar que houve benefícios indiretos à pessoa jurídica, o sopesamento dos prejuízos reputacionais e organizacionais que a empresa sofreu, bem como do seu investimento no *compliance* como diretriz que apontava seu real interesse, levaram a autoridade a decidir pela exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica.

impossibilidade de verificação da existência de nexo de causalidade entre o ilícito e a atuação da pessoa jurídica¹¹¹.

Desse modo, o raciocínio adotado pelas autoridades é cabível para excluir a responsabilidade tanto nos modelos de responsabilização objetiva quanto subjetiva, haja vista não terem adentrado na análise da existência de dolo ou culpa por parte das pessoas jurídicas. No ponto, mesmo no modelo de responsabilidade objetiva não subsiste condenação quando não se identifica a existência de ato ilícito e nexo causal¹¹².

Portanto, o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao direito concorrencial brasileiro, apesar da adoção do modelo da responsabilidade objetiva¹¹³. Ao adotar um programa de *compliance* robusto e eficaz, que de fato cria uma cultura de integridade na empresa, a pessoa jurídica direciona sua conduta ao cumprimento da Lei, e demonstra objetivamente que tem o interesse de assegurar o seu cumprimento. Assim, a inexistência de conduta ilícita da pessoa jurídica que possa ser relacionada ao resultado lesivo exclui o nexo causal, que é requisito essencial à responsabilização objetiva.

¹¹¹ No caso do UKBA, é possível constatar que a defesa do item 2 do delito da seção 7 constitui reconhecimento explícito de que a adoção de mecanismos de *compliance* exclui o nexo de causalidade entre o resultado lesivo e a conduta da pessoa jurídica. Tal conclusão é possível em virtude da adoção do modelo de responsabilização objetiva da pessoa jurídica nesta normativa, de modo que as únicas excludentes possíveis são as de causalidade ou de ilicitude. Como, na previsão do UKBA, continuará a haver ato ilícito punível, porém não atribuível à pessoa jurídica, a defesa do item 2 consiste precisamente causa excludente de causalidade.

¹¹² A necessidade de o CADE analisar a existência de nexo de causalidade para proferir uma decisão condenatória no âmbito do controle de condutas é vastamente reconhecida pela doutrina. Thiago Marrara dispõe que, além das causas excludentes de ilicitude, o processo do CADE deverá analisar as causas excludentes de causalidade, de modo que “apenas quando houver provas suficientes a respeito da autoria e da materialidade e inexistir causa excludente da ilicitude ou da causalidade é que a decisão do CADE será condenatória”. MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de defesa da concorrência. São Paulo: Atlas, 2015. Fl. 251 e 252.

Celso Antônio Bandeira de Mello também dispõe que no modelo de responsabilização objetiva, a responsabilidade “independe de dolo ou culpa, bastando o nexo causal entre o seu comportamento e o agravo destarte produzido”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Fl. 218.

Tereza Cristine Almeida Braga, por sua vez, dispõe que a identificação de nexo causal é importante para a atuação estatal em controle de condutas, de modo que o nexo “diz respeito à vinculação entre a resposta estatal e a atuação da empresa na conduta”. BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Combate a cartéis e remédios antitruste: O poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2018. Fl. 94.

Da mesma forma, Leonardo Vizeu Figueiredo esclarece que na análise de infração anticoncorrencial, é necessária a verificação do “dano ou eventual efeito danoso dessa conduta para o processo competitivo do respectivo nicho econômico mercadológico, estabelecendo-se, ainda, nexo de causalidade entre a conduta e a ameaça ou a lesão à ordem econômica para a devida manifestação da materialidade do fato *sub judice*”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Fl. 177.

¹¹³ Aqui, não se adentrará na discussão acerca da validade ou não da previsão da responsabilidade objetiva no âmbito do direito punitivo. Apenas destaca-se a passagem de Fábio Medina Osório, em que expõe que “no plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas”. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Fl. 401.

Nesse sentido, expõe Osório quando analisa a Lei Anticorrupção, no sentido de que “o fato de existir previsão de responsabilidade objetiva não inibe a possibilidade de excludentes, eis que a terminologia utilizada pressupõe o nexos causal entre conduta (omissiva ou comissiva da pessoa jurídica) e resultado lesivo. A previsão dos mecanismos internos de ‘*compliance*’ pode produzir a ruptura do nexos da causalidade”¹¹⁴.

No ponto, ao criar um programa de *compliance* que atenda aos requisitos do Guia do CADE, a empresa adota uma conduta lícita. Se um funcionário pratica uma infração em detrimento das recomendações oficiais da pessoa jurídica, pretendendo deliberadamente burlar a cultura empresarial que está amplamente difundida, o ato ilícito decorre única e exclusivamente da sua conduta individual. Não há, portanto, ato ilícito atribuível à pessoa jurídica que possa ser relacionado à infração verificada.

Nesse sentido, está a teoria do defeito de organização, segundo a qual a pessoa jurídica será responsabilizada quando violar seu dever de prevenção da ocorrência de ilícitos. Assim, “é significativo o papel do *compliance*, já que a existência de um bom programa pode afastar o defeito de organização e, conseqüentemente, a responsabilidade da pessoa jurídica. De fato, o papel da autorregulação, muito mais do que servir como mero instrumento aditivo de dever de garantia, é o de fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito punitivo”¹¹⁵.

Desse modo, a verificação da eficácia do programa de *compliance* exclui o nexos de causalidade entre o ilícito e sua conduta, haja vista a demonstração concreta de que foram adotadas todas as medidas que estavam ao alcance da pessoa jurídica para evitar o ilícito. Nenhuma conduta da pessoa jurídica, nem mesmo omissiva, pode ser relacionada à infração cometida pelo funcionário.

Conforme disposto por Ribeiro, o nexos de causalidade entre uma infração e a conduta da pessoa jurídica é identificável mediante a “demonstração de que o ato lesivo fora praticado no interesse ou benefício, ainda que indireto, da pessoa jurídica processada. A verificação desse binômio responsabilidade x proveito é justamente o liame causal que conecta a prática da infração administrativa à atuação institucional de uma determinada pessoa jurídica”¹¹⁶. Da mesma forma, Ana Frazão (apud DINO, Nicolao. FILHO, Ney Bello. DINO, Flávio, 2011) esclarece que para haver responsabilização por parte de pessoa jurídica, “é necessário que

¹¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Fl. 406.

¹¹⁵ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: Reflexão sobre os critérios de imputação. In Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Fls. 37 a 39.

¹¹⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fl. 53.

haja um benefício por parte da empresa, oriundo do fato praticado”, de modo que “deve haver uma vinculação entre a atividade da empresa e o ato praticado”¹¹⁷. Também Osório, quando analisa regime de responsabilidade objetiva, dispõe que “quando um agente dotado de representatividade corporativa atua ilicitamente no interesse de uma pessoa jurídica, tornam-se presentes, *prima facie*, os pressupostos de imputação do ilícito à pessoa moral”¹¹⁸.

Ainda nesse sentido, Frazão demonstra que o interesse ou benefício da pessoa jurídica tem sido considerado pelo CADE quando da análise de processos administrativos, sendo considerado pressuposto para a imputação da pessoa jurídica. Da mesma forma, o atendimento ao interesse ou benefício da pessoa jurídica tem sido considerado pressuposto para a sua responsabilização no âmbito da Lei Ambiental, haja vista ser um dos requisitos da *vicarious liability*¹¹⁹. Fica claro, portanto, que o nexo causal, identificável pela ligação do resultado lesivo a algum benefício ou interesse da pessoa jurídica, é requisito essencial para qualquer tipo de responsabilização objetiva.

O cuidado em investir em um programa de *compliance* efetivamente robusto demonstra a preocupação da pessoa jurídica com o cumprimento da Lei, de modo que os comportamentos que vão de encontro a essa diretriz não podem ser considerados como efetivadores do interesse da pessoa jurídica. A pessoa jurídica que institui um programa de *compliance* robusto cria uma cultura corporativa em que todos os funcionários, ou parte substancial deles, têm a consciência de que a prática de ilícitos não é autorizada ou incentivada. Assim, a pessoa jurídica afasta de sua atividade o risco de ocorrência de condutas ilícitas, haja vista que tal prática não é algo esperado ou previsível. Considerar de outra forma seria ignorar o esforço corporativo de criação de sistemas de conformidade, os quais são altamente recomendados pelo CADE.

Não se pode confundir a identificação do atendimento aos interesses da pessoa jurídica com a análise da sua intencionalidade, consistente na identificação do dolo, culpa ou boa-fé. A análise do interesse da pessoa jurídica é objetiva, identificável mediante a verificação de aspectos concretos de sua conduta. Desse modo, apenas as medidas documentadas e comprováveis poderão servir de parâmetro de prova do cumprimento das exigências de *compliance*. Não se trata de uma análise acerca da intenção da pessoa jurídica em não cometer

¹¹⁷ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: Reflexão sobre os critérios de imputação. In *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Fl. 43.

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Fl. 406.

¹¹⁹ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva. 2017. Fls. 279 e 280.

o ato ilícito, mas sim da análise das ações efetivamente comprovadas que demonstram que a cultura empresarial se direciona no sentido do respeito ao ordenamento concorrencial. No ponto, ainda que a pessoa jurídica aja com boa-fé, é punível a má gestão do *compliance*, na hipótese em que não comprova “que se esforçou razoavelmente e, ainda assim, não evitou o resultado”¹²⁰.

Com efeito, o interesse objetivamente demonstrado da pessoa jurídica será identificado pela correspondência entre a sua atuação e o modelo de comportamento delineado pelo ordenamento concorrencial. É por isso que não são aplicáveis defesas no sentido de que a pessoa jurídica não sabia ou não queria que o ilícito ocorresse, mas sim, a comprovação da adoção de medidas preventivas condizentes com os seus deveres objetivos de cuidado¹²¹. Ao cumprir os requisitos do modelo estabelecido pelo ordenamento, a pessoa jurídica demonstra seu interesse em se manter em conformidade com a legislação.

Assim, é de se destacar que, caso a conduta ilícita gere benefícios à pessoa jurídica, ainda que indiretos, o nexo de causalidade estará presente, de modo que haverá fundamento apto a responsabilizar, também, a pessoa jurídica. No ponto, a análise não poderá ser baseada na intenção da pessoa física que cometeu a infração, haja vista o aspecto objetivo isento de intencionalidade. Ainda que a intenção volitiva do funcionário seja trazer benefícios à corporação, o que baseará a análise será o efetivo benefício auferido pela pessoa jurídica, levando em conta o sopesamento dos prejuízos reputacionais e organizacionais que a conduta lesiva trouxe à empresa que adota mecanismos de *compliance*. Para isso, deverá ser considerado, mais uma vez, o legítimo interesse da pessoa jurídica, de modo que benefícios superficiais ou ínfimos contrários aos seus interesses poderão ser desconsiderados para fins de responsabilização.

Ainda, o Guia do CADE sobre *compliance* indica que ao instituir um programa de *compliance*, a pessoa jurídica não só garante para si os benefícios de assegurar o respeito à Lei, mas também gera benefícios à sociedade e à autoridade. Identifica-se dessa constatação a preocupação com o perfil institucionalista da empresa, vista como ente de relevância pública. O cumprimento da Lei e a redução do risco de sofrer penalidades são formas da empresa atender sua função social.

¹²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Fl. 394.

¹²¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fls. 46, 51 e 56.

Fica claro que a empresa que se preocupa em instituir um programa de integridade concorrencial garante o atendimento à sua função social, haja vista a “sua responsabilidade para com os que se relacionam com a empresa (trabalhadores, credores, consumidores, o Estado, a comunidade etc.)” e “levando-se em conta que a atividade desenvolvida pelo empresário tem como fim a realização de interesses que ultrapassam aqueles egoísticos do agente, e, portanto, gera um poder-dever do sujeito da atividade funcional”¹²².

Relembre-se que o Guia do CADE indica que o incentivo ao *compliance* se deve não apenas aos benefícios que pode trazer à pessoa jurídica, mas também aos benefícios gerados à sociedade como um todo, a saber, terceiros, investidores, consumidores, parceiros comerciais e ao próprio CADE, considerando a redução dos recursos direcionados ao processamento e punição da empresa. Nesse sentido, corrobora o entendimento de Frazão, quando destaca que “os programas de *compliance* desafogam a regulação estatal ou a heterorregulação, tornando os agentes privados, por meio da autorregulação, colaboradores na implementação dos valores buscados por determinada sociedade, sendo co-responsáveis por tal objetivo”¹²³.

Soma-se a isso o fato de que a não punição de pessoa jurídica que não contribuiu, por meio de ação ou omissão, para a ocorrência do ilícito garante o atendimento ao interesse social identificado na sua preservação, que traz benefícios não apenas à empresa, mas aos seus funcionários, aos credores e à coletividade, considerando a manutenção da geração de riquezas. Ao não reconhecer a adoção do *compliance* como forma de expressão do interesse objetivo da pessoa jurídica, bem como do atendimento ao seu aspecto de interesse público, corre-se o risco de recair em burla ao perfil institucionalista da empresa como ente que deve ser preservado.

Uma empresa que não adota um programa de *compliance* robusto, ao contrário, é omissa ao demonstrar objetivamente os seus interesses enquanto instituição, de modo que o ilícito praticado por um funcionário pode ser relacionado à sua conduta omissiva de falha em garantir o respeito à Lei. Em outras palavras, a pessoa jurídica que não cria um programa de integridade não indica que a conduta ilícita vai de encontro aos seus interesses, e não comprova objetivamente que sua conduta se volta ao cumprimento do ordenamento concorrencial. Garantir imunidade a essa empresa dependeria do ingresso na análise de sua intencionalidade subjetiva, haja vista a inexistência de condutas concretas destinadas a evitar a prática da infração por seu funcionário.

¹²² Waldirio Bulgarelli, Tratado de Direito Empresarial, 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 1997, p. 70.

¹²³ FRAZÃO, Ana. Corrupção e *compliance*. Constituição, empresa e mercado. Jota. 03/07/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corruptao-e-compliance-03072018>

Nesse aspecto, a previsão de responsabilidade objetiva na Lei 12.529 implica a necessidade de atuação proativa da pessoa jurídica, que será responsável pelos ilícitos que ocorrerem no contexto empresarial. No ponto, dispõe Ribeiro que “a responsabilidade objetiva induz mudança comportamental das empresas, que devem passar a adotar rígidos padrões de conduta empresarial e assim minorar riscos de responsabilização, inaugurando, portanto, uma cultura de valorização de empresas que se pautam pela integridade corporativa e lisura empresarial”¹²⁴.

A atribuição de responsabilidade sem a análise de culpa da pessoa jurídica demonstra que, em verdade, a pessoa jurídica que se preocupa com o risco de sanções é responsável por assegurar, na medida do razoavelmente exigível, a conformidade das relações empresariais. É daí que vem a responsabilidade da empresa que não institui um programa de *compliance* eficaz: da omissão em garantir a probidade das condutas tomadas no contexto empresarial. Mais uma vez, verifica-se que a análise é baseada na conduta e no nexo causal¹²⁵.

Em resumo, para a pessoa jurídica que garantiu a existência de uma cultura de integridade, inexistente fundamento apto a considerar que o ilícito consiste em ato inerente à natureza da atividade. O ilícito, nesse caso, é uma exceção ao ambiente criado, considerando que o Guia do CADE garante que o estabelecimento de um programa de *compliance* robusto não é uma obrigação de resultado, haja vista a impossibilidade material de controle de todos os atos tomados no interior da pessoa jurídica. Mais uma vez, o ato ilícito é atribuível tão somente à conduta do indivíduo, que deverá ser punido, inexistindo ato da pessoa jurídica que tenha contribuído para a ocorrência da infração.

Já aquela pessoa jurídica que não cria mecanismos internos de integridade deverá ser punida em razão da existência de conduta omissiva que se relaciona à prática do ilícito: a falha em demonstrar objetivamente que a infração vai de encontro aos seus interesses, mediante a implementação de estruturas aptas a evitar o cometimento de ilícitos. Assim, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada em face do nexo de causalidade entre a infração e a sua falha em assegurar a regularidade interna de seus negócios.

Desse modo, considerando a impossibilidade de identificação de nexo de causalidade entre o ilícito e a conduta da pessoa jurídica que institui uma cultura de integridade, é

¹²⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fl. 45.

¹²⁵ Ribeiro, no ponto, esclarece que “o nexo causal representará, para fins de responsabilização administrativa, o ponto central de avaliação no curso do PAR, denotando argumento de grande valia à defesa do ente jurídico processado a demonstração das excludentes do nexo causal, a exemplo do caso fortuito ou fato exclusivo de terceiro”. RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fl. 53.

impossível a sua punição, haja vista o princípio da não transcendência da pena¹²⁶. Com efeito, é incabível a responsabilidade por fato cometido por outro sujeito, seja pessoa física ou jurídica, sendo necessária, ao menos, uma conduta omissiva. Considerar de outra forma seria violar o devido processo legal e o princípio da pessoalidade da sanção¹²⁷.

3.3. Garantia da segurança jurídica - clareza dos requisitos para um *compliance* eficaz e robusto.

Como visto, um programa de *compliance* que atenda aos requisitos apontados pela autoridade e seja considerado eficaz, robusto e instituidor de uma cultura de integridade no âmbito da pessoa jurídica é capaz de excluir a sua responsabilidade em razão da inexistência de nexos causal. No entanto, é essencial que os requisitos a serem considerados para a verificação da robustez e eficácia do *compliance* estejam muito bem delimitados pela autoridade, a fim de que se possa ter um alto grau de certeza acerca da criação ou não de uma cultura de conformidade no ambiente empresarial. Além disso, a delimitação clara de tais requisitos impede que programas de *compliance* de fachada, criados sem a intenção de evitar a ocorrência de ilícitos, mas tão somente para que a empresa possa se beneficiar da imunidade e da atenuante, sejam considerados pela autoridade na análise da conduta.

Nesse sentido, os requisitos usados para embasar as decisões absolutórias analisadas nos capítulos anteriores deste trabalho são muito semelhantes aos que são apontados no Guia do CADE sobre *compliance*, o que permite a conclusão de que, no Brasil, há critérios suficientes para a verificação da eficácia do *compliance* concorrencial.

Com efeito, a FCPA, quando decidiu não processar a empresa Morgan Stanley, considerou que havia uma cultura de integridade estabelecida, e que o funcionário Peterson deliberadamente burlou os sistemas internos. No ponto, haviam mecanismos de persecução e punição internos à empresa, bem como a constante revisão do programa. Ainda, foi observado o oferecimento de treinamentos aos funcionários e o contato direto da equipe de *compliance*

¹²⁶ Renato de Mello Jorge Silveira dispõe que o Código Penal espanhol adota a heterorresponsabilidade, ou seja, responsabilização da pessoa jurídica por atribuição direta de ato da pessoa física, em razão de sua redação, que indica que “as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis nos delitos cometidos em seu nome ou por conta das mesmas e em seu proveito, por seus representantes legais e administradores, de fato ou de direito”. No entanto, ao prever como requisito essencial à responsabilização o fato de que o delito tenha sido cometido em proveito da pessoa jurídica, entende-se plausível reconhecer que a empresa somente será responsabilizada caso haja nexos de causalidade, identificado quando a conduta é tomada em seu proveito e atendendo aos seus interesses. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance*, direito penal e Lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. Fl. 110.

¹²⁷ Osório expõe que “a pena somente pode ser imposta ao autor da infração penal. A norma deve acompanhar o fato. Igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionatório”. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Fl. 394.

com a direção da empresa. Ponto relevante, também, é a documentação das práticas do *compliance*, que foram capazes de demonstrar a robustez do programa. Por fim, a FCPA também deixou claro que entende que mesmo um programa de *compliance* robusto é incapaz de evitar a ocorrência de infrações isoladas por funcionários.

A FCA e a PRA, no julgamento do caso James Staley, levaram em consideração o fato de que havia uma política de *compliance* bem estruturada e difundida na empresa, e que o ilícito ocorreu a despeito da cultura estabelecida. Além disso, consideraram que o programa de *compliance* estava em processo de revisão, e determinaram que a empresa passasse a enviar relatórios que atestassem o constante aprimoramento do programa de *compliance*. Saliente-se que a regulação determinava a instauração de sistema de *compliance* como uma obrigação das empresas. Nesse contexto, as autoridades entenderam que a empresa não contribuiu para a ocorrência do ilícito, e que tomou todas as medidas que estavam ao seu alcance para evitá-lo.

Ao condenar a Skansen Interiors, a CPS considerou que não foi demonstrada a existência de uma cultura organizacional que reflete o programa de *compliance* da empresa, haja vista a falta de documentação das medidas adotadas, como os treinamentos funcionais. Além disso, a CPS levou em consideração, para sua análise, aspectos relacionados à atualização e revisão do programa de *compliance*, à criação de estruturas de denúncias anônimas e à formalização do departamento de *compliance* da empresa.

Além disso, o Guia oficial do UKBA, de forma semelhante ao Guia do CADE sobre *compliance*, reconhece que mesmo o programa de *compliance* mais robusto poderá ser burlado por funcionários que pretendem deliberadamente praticar atos ilícitos. O Guia da UKBA considera, ainda, se houve de fato a criação de uma cultura corporativa de conformidade que atendesse às necessidades específicas da pessoa jurídica, bem como se há o envolvimento da direção da empresa com o *compliance*. De forma semelhante ao Guia do CADE, o Guia do UKBA prevê, também, que o *compliance* deverá ser revisto e monitorado periodicamente, precedido de uma análise dos riscos da atividade desempenhada, bem documentado e assegurado por programas de treinamento e comunicação. Tais considerações levam à conclusão de que os dois Guias apresentam claras semelhanças, e que as autoridades que os elaboraram entendem o *compliance*, os parâmetros para sua avaliação e a necessidade de valorização de forma similar.

O entendimento da CVM, por sua vez, assemelha-se ao do Guia do CADE quando reconhece que o programa de *compliance* não assume obrigação de resultado, mas sim de

adotar todas as medidas que estejam ao seu alcance para que infrações não ocorram. Também, a CVM considerou, em suas análises, se o programa de *compliance* era rígido, apresentava sistemas de controle e monitoramento, contava com treinamentos devidamente documentados e se era periodicamente revisto. Ainda, a criação de uma cultura de integridade foi, mais uma vez, considerada fator relevante para a avaliação da eficácia e robustez do programa de *compliance*, assim como as características peculiares da atividade regulada pela CVM foram consideradas para a criação de parâmetros.

Quanto à atuação do CADE e da CGU, como visto, há sensíveis diferenças em relação aos demais casos analisados. Isso porque, o programa de *compliance* prévio à ocorrência do ilícito não foi considerado robusto ou eficaz, de modo que a redução das penalidades foi concedida em virtude do compromisso na adoção de um sistema interno de integridade que atendesse às exigências dos órgãos. Os requisitos apontados nos Guias das autoridades foram considerados para a criação de parâmetros tendentes à criação de uma cultura de integridade, levando, portanto, em consideração as características intrínsecas de cada empresa.

Na seguinte tabela, serão indicados, na primeira coluna, os requisitos exigidos pelo Guia do CADE para que se considere um programa de *compliance* eficaz e robusto. Nas demais colunas, serão marcados com um “X” os requisitos que também são exigidos por cada uma das demais normas e decisões que concederam imunidade às pessoas jurídicas. Assim, será possível a identificação da semelhança entre os requisitos usados para pautar a análise de programas de *compliance*.

Requisitos apontados no Guia do CADE	Requisitos exigidos pela FCPA	Requisitos exigidos pela FCA e PRA	Requisitos exigidos no UKBA	Requisitos exigidos pela CVM
Criação de uma cultura de integridade	X	X	X	X
Constante revisão e adaptação do programa	X	X	X	X
Envolvimento da alta direção da empresa	X	X	X	
Aporte de recursos considerados suficientes em relação às peculiaridades da pessoa jurídica	X			X
Autonomia e independência do setor de <i>compliance</i>	X	X	X	X
Análise prévia de riscos da atividade empresarial	X		X	X

Treinamentos constantes dos funcionários	X		X	X
Recorrente retransmissão das regras de <i>compliance</i>			X	
Constante monitoramento do programa (medidas fiscalizatórias)	X	X	X	X
Documentação dos sistemas adotados	X	X	X	X
Punição interna dos funcionários que descumprirem as determinações do <i>compliance</i>	X	X		

Para além dos requisitos exigidos pelo Guia do CADE sobre *compliance*, as autoridades cujas decisões e normas foram analisadas neste trabalho também preveem a criação de canais internos de denúncias sobre irregularidades como parâmetro para a verificação da eficácia do programa de conformidade. Algumas, também, exigem a edição de códigos de ética e conduta aplicáveis no âmbito da pessoa jurídica. A FCPA, por sua vez, exige que a pessoa jurídica preveja, em seu sistema interno de conformidade, a impossibilidade de realização de negócios com empresas envolvidas em práticas ilícitas.

Mesmo com essas diferenças, o que se verifica é que os parâmetros exigidos pelo CADE estão em conformidade substancial com o que é exigido pelas demais autoridades, as quais valorizam o *compliance* a ponto de absolverem pessoas jurídicas em vista da sua adoção. Assim, a análise acerca da eficácia e robustez do programa de *compliance* com base nos parâmetros indicados no Guia do CADE garante que empresas que adotam programas de fachada não sejam beneficiadas com a exclusão da responsabilidade.

Portanto, é importante que o CADE de fato observe as diretrizes indicadas no Guia quando da verificação do programa de *compliance*. Isso porque, as pessoas jurídicas interessadas em investir na autorregulação precisam de um grau mínimo de certeza acerca do que é esperado pela autoridade.

O maior incentivo capaz de levar uma pessoa jurídica a investir em *compliance* é a intenção de evitar as graves penalidades previstas na legislação concorrencial. É a racionalidade econômica que incentiva empresas a investirem em sistemas que possam impedir a ocorrência de infrações em seu interior.

A segurança jurídica, consubstanciada em uma atuação do CADE que reconheça parâmetros estáveis quando da análise de um programa de *compliance*, é o incentivo econômico que uma pessoa jurídica precisa para investir em seu sistema interno de

conformidade. Nesse sentido, dispõem Athayde, Thomson e Melo, quando esclarecem que “uma forma efetiva e proativa de promover o *compliance* é o aumento da previsibilidade e transparência das decisões da autoridade. O alto risco de ser identificado cometendo uma infração, combinado com um grau suficiente de certeza acerca do entendimento da autoridade sobre a legalidade ou não das práticas comerciais, tende a levar a pessoa jurídica a se adaptar ao ordenamento jurídico, mediante exame de custo-benefício”,¹²⁸.

Corroborando para isso o fato de que o custo do “não-*compliance*”, considerando o crescente número e valor das sanções aplicadas pelo CADE, é, em geral, maior do que o custo do *compliance*. De acordo com um estudo publicado pelo Instituto Ponemon e pela empresa GlobalScape, o custo de uma empresa que falha em cumprir as regras, normas, contratos e outras obrigações legais é 2.71 vezes maior do que o custo de implementação e manutenção de um programa de *compliance*¹²⁹. Da mesma forma, Ribeiro dispõe que para cada U\$ 1,00 investido em *compliance* são economizados U\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, dano à reputação e perda de produtividade¹³⁰.

No ordenamento concorrencial brasileiro, em que as multas aplicadas pelo CADE têm sido cada vez mais altas, a análise de custo-benefício torna-se mais importante na tomada de decisões por pessoas jurídicas. No sopesamento de custo-benefício será considerada, pela pessoa jurídica, a hipótese de que um funcionário deliberadamente burle as suas políticas internas, e a possibilidade de que todo o investimento em *compliance* seja perdido pela ação isolada de um indivíduo. Por outro lado, o CADE também considera os benefícios econômicos que o *compliance* gera à coletividade ao incentivar a autorregulação.

Desse modo, caso inexista segurança jurídica acerca dos parâmetros de análise de eficácia de programas de *compliance*, de modo que as pessoas jurídicas se vejam sob o risco de sofrerem os custos do *compliance* e, cumulativamente, das sanções pecuniárias por ilícitos que não atendam aos seus interesses, inexibirão, também, incentivos econômicos reais à adoção do *compliance*.

¹²⁸ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. THOMSON, Diogo. MELO, Livia Dias de. Perspectives for the promotion of a competition environment in Brazil. Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy, First Session. Geneva, 2016.

¹²⁹ Estudo conduzido de forma independente pelo Instituto Ponemon LLC, e patrocinado pela empresa GlobalScape. The True Cost of Compliance with data protection regulations. 2017. Disponível em: <http://dynamic.globalscape.com/files/Whitepaper-The-True-Cost-of-Compliance-with-Data-Protection-Regulations.pdf>

¹³⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Fl. 204.

Conclusão

Nos capítulos 1 e 2 deste trabalho, foram analisadas as hipóteses, internacionais e nacionais, de exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas pela adoção de mecanismos de *compliance*. A partir desse estudo, foi identificado um relevante padrão de análise que levou as autoridades a entenderem cabível a exclusão da responsabilidade: os mecanismos de *compliance* robustos e eficazes impedem a identificação de conduta ilícita atribuível à pessoa jurídica processada, considerando que o resultado lesivo não tem relação de causalidade com a atuação da corporação. No ponto, tanto nos casos em que há a previsão de responsabilidade objetiva, quanto naqueles em que a responsabilização é subjetiva, inexistiu análise de dolo, culpa ou boa-fé da pessoa jurídica para a concessão de imunidade.

O padrão identificado foi, portanto, o foco da análise (i) nos aspectos objetivos da conduta da pessoa jurídica, direcionada à criação de mecanismos e cultura de integridade, em contraponto com a conduta da pessoa física, que burlou o sistema interno da corporação; e (ii) na inexistência de benefício ou atendimento aos interesses da pessoa jurídica com o ilícito processado. Estes dois elementos são justamente o que proporciona a verificação do nexo de causalidade entre o resultado lesivo e a conduta das pessoas jurídicas.

Com efeito, para a responsabilização punitiva de pessoas jurídicas, é imprescindível a verificação de nexo de causalidade, consistente na identificação de que o resultado lesivo gerou algum benefício ou atendeu aos interesses, ainda que indiretos, da corporação. O *compliance* exclui justamente este requisito à responsabilização das pessoas jurídicas, haja vista que a corporação que institui mecanismos internos robustos e eficazes direciona sua conduta à manutenção da regularidade das suas relações, bem como indica, de forma objetiva e concreta, que seu interesse é estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

Desse modo, o padrão de análise identificado nas hipóteses de exclusão de responsabilidade apresentadas neste trabalho é perfeitamente transponível para o sistema brasileiro de defesa da concorrência, que adota o modelo de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas. Em verdade, a aplicação de raciocínio semelhante pelo CADE, no sentido de que a implementação do *compliance* indica objetivamente o interesse da pessoa jurídica, assegura a criação de incentivos à adoção de mecanismos de autorregulação.

Assim, ao considerar o *compliance* como fator passível de excluir o nexo de causalidade, a autoridade, além de assegurar o cumprimento estrito dos princípios do devido processo legal e da pessoalidade das penas, garante a aplicação concreta da função social da

empresa, mediante o incentivo à atuação da pessoa jurídica em conformidade com o ordenamento jurídico.

Esse incentivo real consiste em garantir segurança jurídica para as corporações que se preocupam em estar em conformidade com a Lei, e proporciona um ambiente em que a manutenção de programas de *compliance* robustos e eficazes para mitigar riscos de envolvimento em infrações é economicamente vantajosa. Com efeito, a possibilidade de punição por atos alheios aos interesses da pessoa jurídica que despendeu vultosos recursos na implementação do *compliance* constitui incentivo reverso a que seja difundida a autorregulação concorrencial.

Nesse sentido, é de se ressaltar que a ocorrência de uma infração no contexto de uma pessoa jurídica não significa que o programa de *compliance* previamente instituído não era robusto e eficaz. O dever de diligência associado ao *compliance* é obrigação de meio, não de resultado. Tal fato é explicitamente reconhecido pelo CADE em seu Guia sobre Programas de *Compliance* Concorrencial, que considera robusto e eficaz o programa que adota todas as cautelas que estão ao alcance da pessoa jurídica para evitar a ocorrência de ilícitos.

Além disso, assegurar padrões estáveis de análise de programas de *compliance* é imprescindível para que exista segurança jurídica para o ente que pretende investir na autorregulação. Assim, para que as pessoas jurídicas reguladas, o CADE, o mercado e a sociedade se beneficiem da autorregulação concorrencial, mediante a redução dos recursos públicos destinados ao processamento e punição de ilícitos, é imprescindível a segurança jurídica (i) na certeza de que os investimentos em *compliance* não serão superados pela punição por ilícitos cometidos em detrimento dos interesses da pessoa jurídica e (ii) na verificação da conformidade do programa de *compliance* com os requisitos exigidos no Guia do CADE sobre *Compliance* Concorrencial.

Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica que implementa programa de *compliance* concorrencial robusto e eficaz adota conduta que demonstra, de forma concreta e objetiva, que o seu interesse enquanto agente de mercado é se manter em conformidade com o ordenamento jurídico. A atuação proativa garante que inexista conduta da pessoa jurídica que possa ser relacionada a infrações cometidas por indivíduos que burlam os mecanismos internos de conformidade. É dizer, não há nexos de causalidade entre a infração cometida por indivíduo que burla a cultura comportamental da corporação e a conduta da pessoa jurídica que investe em *compliance*.

Portanto, entende-se ser cabível a exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos concorrenciais cometidos por seus funcionários quando se verifica que foi implementado programa de *compliance* robusto e eficaz na criação de uma cultura de integridade. A autoridade de defesa da concorrência deve, assim, voltar sua análise para o requisito essencial à responsabilização de pessoas jurídicas, que é a existência de nexos causal entre o resultado lesivo e a conduta, direta ou indireta, da corporação.

Referências bibliográficas

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

ATHAYDE, Amanda; THOMSON, Diogo; MELO, Lívia Dias de. Perspectives for the promotion of a competition environment in Brazil. Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy, First Session. Geneva, 2016.

AUSTRÁLIA. Criminal Code Act. 1995. Disponível em:
(<https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00043>). Acesso em: 09/12/2019.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Combate a cartéis e remédios antitruste: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência. 2018. Faculdade de Direito - Universidade de Brasília, Brasília.

BRASIL. CADE. Guia Programas de *Compliance*. 2017. Disponível em:
(http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf). Acesso em: 17/11/2019.

__. CADE. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. 2016.

__. CVM. Extrato de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 22/06. Julgado em 20/10/2009.

___ CVM. Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 13/05. Julgado em 25/06/2012.

___ CVM. Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/11654. Julgado em 23/09/2014.

___ CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/01. Julgado em 04/11/2004.

___ CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2005/0296. Julgado em 05/12/06.

___ Instrução CVM nº 607, de 17 de junho de 2019.

___ Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015.

___ Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018.

___ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

___ Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

___ Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR. 2018. Disponível em: (<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>). Acesso em: 17/11/2019.

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 87/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Requerimento de TCC nº 08700.003071/2017-35 (Apartado de acesso restrito nº 08700.003072/2017-80), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 (Apartado de Acesso Restrito nº 08012.002867/2007-57). 2018.

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.005078/2016-19 (ref. Apartado Restrito nº 08700.005079/2016-55), relacionado ao Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11 (ref. Autos Restritos nº 08700.001837/2016-66). 2017.

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.004341/2016-44 (ref. Apartado Restrito nº 08700.004342/2016-99).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.008158/2016-18 (ref. Apartado de Acesso Restrito nº 08700.007876/2016-77).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.005078/2016-19 (ref. Apartado Restrito nº 08700.005079/2016-55).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.007077/2016-09 (Ref. Apartado Restrito nº 08700.006736/2016-81).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.008159/2016-62 (Ref. Apartado Restrito nº 08700.007874/2016-88).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 40/2018/2018/SG-Triagem Condutas/SG/CADE. Requerimento nº 08700.004337/2016-86 (ref. Apartado Restrito nº 08700.004338/2016-21).

___ Superintendência Geral do CADE. Nota Técnica nº 36/2019/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Requerimento nº 08700.004192/2018-85 (Apartado Restrito nº 08700.004203/2018-27), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.002904/2017-41. 2018.

BREUER, Lanny A. Department of Justice. Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the American Conference Institute's 28th National Conference on the Foreign Corrupt Practices Act. Fort Washington, MD, 2012. Disponível em: (<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-american-conference-institute-s-28th>). Acesso em: 17/11/2019.

BULGARELLI, Waldirio. Tratado de Direito Empresarial. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
CONWAY-HATCHER, Amy J. The big three FCPA lessons from the Morgan Stanley case, Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2012. Disponível em: (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e8b770f4-311c-46f8-ac4a-3d3facff075b>). Acesso em: 17/11/2019.

FARRANT, Georgie. Corporate Liability in Australia. Global Compliance News. Disponível em: (<https://globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-australia/>). Acesso em: 22/11/2019.

FERREIRA, Fernando J. Prado; BINNIE, Ricardo G; DUARTE, José Paulo P. Pinheiro Neto Advogados. A instrução CVM 558: novas regras aplicáveis aos administradores de carteiras. Migalhas, 2015. Disponível em: (<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221034,81042-A+instrucao+CVM+558+Novas+regras+aplicaveis+aos+administradores+de>). Acesso em: 17/11/2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

FRAZÃO, Ana. Corrupção e *compliance*: constituição, empresa e mercado. Jota, 2018. Disponível em: (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corruptao-e-compliance-03072018>). Acesso em: 17/11/2019.

__. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

___ . Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (Org.). Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GIN, Camila de Moura. Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo. XII Seminário Nacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016.

GOUVEIA, Lene. O programa de integridade e a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica na Lei anticorrupção: novos tempos. Jus.com.br, 2018. Disponível em: (<https://jus.com.br/artigos/67032/o-programa-de-integridade-e-a-responsabilidade-administrativa-da-pessoa-juridica-na-lei-anticorruptao-novos-tempos>). Acesso em: 17/11/2019.

INSTITUTO PONEMON LLC. Estudo conduzido de forma independente pelo Instituto Ponemon LLC, e patrocinado pela empresa GlobalScape. The True Cost of *Compliance* with data protection regulations, 2017. Disponível em: (<http://dynamic.globalscape.com/files/Whitepaper-The-True-Cost-of-Compliance-with-Data-Protection-Regulations.pdf>). Acesso em: 17/11/2019.

ITÁLIA. Decreto Legislativo nº 231/2001. 6/2001.

JASPER, Eric Hadmann. Transplantes Jurídicos - A Introdução do Instituto do Whistleblower. Revista Fórum de Ciências Criminais, v. 6, nº 11 jan/jun. Fls. 105 a 125. 2019.

LOPES, Luiz Paulo de Yparraguirre Oliveira. Desafios de *Compliance* Anticorrupção na Indústria de Petróleo e Gás. 2017. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas.

LUDLAM, Joanna; THOMSON, Charles; GARFIELD, Henry. UK: “Adequate procedures” and self reporting under the spotlight as jury rejects Section 7 defence. *Global Compliance*

News. Disponível em: (<https://globalcompliance.com/adequate-procedures-rejects-defence-20180313/#page=1>). Acesso em: 17/11/2019.

MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de defesa da concorrência. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance* concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance*, direito penal e Lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

STEPHAN, Andreas. Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust *Compliance* Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels. ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia, 2009.

TATE, Sam. UK Bribery Act: 2018 in review, and a few predictions. The FCPA Blog, 2019. Disponível em: (<https://www.fcpablog.com/blog/2019/1/22/uk-bribery-act-2018-in-review-and-a-few-predictions.html>). Acesso em: 17/11/2019.

THOMAS, Elise. Barclays in 2018: Something to smile about - regulators, revival and *compliance* goals, 2018. Disponível em:

(<https://www.riskscreen.com/kyc360/article/barclays-in-2018-regulators-wrath-and-new-compliance-map/>). Acesso em: 17/11/2019.

THOMPSON, Kees. Mixed Messages from the UK's First Contested Prosecution for Failure to Prevent Bribery. The Global Anticorruption Blog, 2018. Disponível em:

(<https://globalanticorruptionblog.com/2018/05/28/mixed-messages-from-the-uks-first-contested-prosecution-for-failure-to-prevent-bribery/>). Acesso em: 17/11/2019.

UK. Bribery Act, 2010. Disponível em:

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>). Acesso em: 10/12/2019.

__. Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions. 2011.

__. Ministry of Justice. The Bribery Act 2010 - Guidance. 2011.

USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. FCPA: A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, 2012.

__. FCA, Final Notice, caso nº JXS02208, 2018.

__. FCA Handbook. SYSC - Senior Management Arrangements, Systems and Controls.

Disponível em: (<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>). Acesso em: 17/11/2019.

__. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), 1977. Código Federal dos EUA.

__. Office of Public Affairs, Department of Justice. Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA, 2012.

Disponível em: (<https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>). Acesso em: 17/11/2019.

___ . PRA, Imposition of new requirements pursuant to section 55M(5) of the financial services and markets act 2000, 2018.

___ . United States District Court Eastern District of New York. Information nº 12-224 (JBW). VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Act (FCPA). In: CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio (Coord.). Manual de *Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.