

04/12/2015 - 05:00

Análise dos programas de 'compliance'

Por **Fabio M. Di Jorge e José R. de Bastos Martins**

São muitas as críticas à Lei nº 12.846, de 2013, desde a gravidade de suas penas, passando pelo processo administrativo de responsabilização (PAR), até requisitos para a celebração de acordos de leniência. Fala-se em tipos abertos, que violariam a legalidade, como se possível fosse ao legislador prever todas as condutas que poderiam provocar atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira. A discussão é normal. Há, pela frente, um longo processo de maturação da nova legislação, até que se possa contar com precedentes judiciais.

Não se pode olvidar que o projeto de lei, engavetado desde 2010 no Congresso, passou em razão da pressão das manifestações populares de 2013. Mesmo assim, chamam a atenção resistências quanto à responsabilidade civil objetiva da empresa pelos atos lesivos. A lei diz que será responsabilizada, independentemente de culpa lato sensu (dolo, imperícia, negligência ou imprudência), a pessoa jurídica que praticar ou concorrer para corrupção.

Existem projetos de lei em trâmite na Câmara e no Senado para tornar subjetiva a responsabilidade da pessoa jurídica, mas a tendência é a manutenção do instituto. Não é de hoje que o direito prevê a responsabilização objetiva para situações de risco jurídico, como em questões ambientais e de consumidor. Por considerar em situação de risco a contratação pública, a opção do legislador pela responsabilidade objetiva era um caminho natural.

É obrigação da administração pública e do Judiciário receber com bons olhos os novos instrumentos de 'compliance'

O programa de compliance é eleito, agora, a base da proteção empresarial. A Controladoria-Geral da União (CGU) e, mais recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) manifestaram-se sobre como entendem um programa efetivo. Basicamente, a empresa deverá observar cinco pilares: comprometimento e apoio da alta direção; instância e departamentos responsáveis e autônomos; análise prévia de perfil e mitigação de riscos; estruturação das regras e instrumentos de condutas internas e externas e estratégias de monitoramento contínuo.

Uma vez acusada, a pessoa jurídica será julgada pelos 16 parâmetros trazidos pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420, de 2015. Serão duramente punidas as empresas que fizerem uso do "compliance de papel" que, aparentemente formal, materialmente não cumpre a função da lei.

A partir da realidade de mercado da empresa, a primeira grande medida a ser tomada é uma robusta análise das atividades para criação de um manual de conduta e processos internos de mitigação de riscos. A efetividade de um programa de integridade dependerá do envolvimento direto da alta administração, posto que os stakeholders da empresa somente incorporarão as novas exigências caso elas sejam observadas, de forma exemplar, pelos seus líderes ("tone at the top").

É fundamental a criação de um amplo e sério canal de denúncias - algumas pesquisas dão conta de que a linha direta é a principal forma de descobrimento de atos lesivos -, para tratativa de 100% dos casos recebidos, com mecanismos eletrônicos e presenciais que possibilitem a funcionários, fornecedores e clientes uma forma segura,

sigilosa e transparente de comunicar ações suspeitas.

Deverá ser constante a aplicação de novos institutos e o aperfeiçoamento das políticas internas não só às novas realidades sociais e de mercado, mas também às mudanças legislativas, por meio de um monitoramento contínuo que garanta harmonia com o novo ambiente no país. É o denominado "compliance vivo".

E se a empresa cumprir rigorosamente todos os requisitos legais do programa de compliance? A simples redução de pena de multa na esfera administrativa não seria tímida? Nesse ponto, embora seja compreensível o ambiente um tanto quanto conturbado no qual a lei foi editada, o legislador poderia ter sido um pouco mais ousado. Uma vez julgado o programa de integridade como efetivo, poder-se-ia tratar de mecanismos que livrassem a empresa de punição. A crítica, aqui, não é contra a responsabilidade objetiva, que entendemos adequada. O que se pretende trazer à discussão é a possibilidade de quebra do próprionexo causal, requisito fundamental para a caracterização da responsabilidade objetiva.

Diante de uma nova perspectiva de colaboração da pessoa jurídica com o padrão ético e transparente na parceria público e privado, é oportuno tratar do tema como um elemento propulsor de uma nova geração de direito a ser reclamado e fiscalizado por toda a coletividade. E, por tudo que se pretende fixar como regra, a empresa, provando seu alinhamento aos valores éticos, deve poder pleitear sua inocência, ainda que precise reparar eventuais danos decorrentes da conduta de seu funcionário - o que não se confunde com pena. E de tudo caberá ação de regresso.

A livre iniciativa e seus pilares constitucionais garantem a busca pelo lucro lícito, movimentam a economia e contribuem para o custeio do Estado. É obrigação da administração pública e do Judiciário receber com bons olhos os novos instrumentos de compliance, fundantes de um sistema de prevenção e não mais somente de punição de atos corruptos. Quem prevenir de forma eficiente, poderá obter do Estado desfecho que lhe permita pleno reconhecimento de sua conduta exemplar.

Fabio Martins Di Jorge e José Ricardo de Bastos Martins são advogados de Peixoto & Cury Advogados

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações