

O SÚTIL EMPURRÃO PARA RELAÇÕES EMPRESARIAIS ÉTICAS: O COMPLIANCE E A TEORIA DO NUDGE – UMA UTOPIA PARA REGULAÇÃO DO MERCADO?

Kamila Palmela Rodrigues ¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal discutir o novo instituto incorporado ao direito brasileiro, notadamente o *compliance*, as diferentes possibilidades de adesão, seja intervenção estatal na economia, seja por opção dos empresários, especialmente através de sutis induções comportamentais, o “nudge”, e sua capacidade dos indivíduos de fazer a escolha ética.

PALAVRAS CHAVE: *Compliance*, Ética, Arquitetura da Escolha, *Nudge*.

INTRODUÇÃO

Atualmente muito têm-se discutido sobre a incorporação no país de institutos estrangeiros, mitigadores de corrupção, com a difícil missão de promover o crescimento empresarial através do incentivo de uma cultura mais correta e ética. *Fairness* (senso de justiça), *Disclosure* (transparência), *Accountability* (prestação de conta), dentre outros dos quais podemos destacar o *Compliance* (ou programa de integridade).

Observamos recentemente, publicações de vários artigos cujo o tema central é a responsabilização da pessoa jurídica pelos atos práticos de maneira

¹ Kamila Palmela Rodrigues é advogada, graduada em direito pela PUC em 2009, pós graduada em direito de empresa pela Universidade Gama Filho, diretora jurídica do escritório Botelho e Castro Advogados e mestranda em direito pelas Faculdades Milton Campos.

corrupta, cuja a finalidade é a obtenção de vantagem financeira, e, o *compliance* seria utilizado como mecanismo redutor das penas supostamente devidas (Lei Federal nº 12.846/13).

De outro norte, não é, também, interesse do presente artigo, tratar da imposição do *compliance* como requisito obrigatório, impositivo, para fins de celebração de contratos ou êxitos em licitações, conforme vem sendo tratado nas leis estaduais de nº. 7.753/2017 (Rio de Janeiro) e nº6.112/2018 (Distrito Federal).

Não obstante, de certo que não menos importante são os temas acima expostos, porém, o presente artigo procura abordar o assunto de forma distinta, anterior a prática de qualquer ilícito, ou qualquer forma impositiva prevista em lei, mas sim, questionar possibilidade concreta e efetiva na utilização e aplicação do *compliance*, através de escolha por meios surpreendentemente sutis e fielmente eficazes.

O QUE É COMPLIANCE?

Compliance é um substantivo que significa concordância com o que é ordenado, *compliant* é aquele que concorda com alguma coisa, e *to comply with* significa obedecer. (...) ...são chamadas de *compliance* as medidas pelas quais as empresas pretendem assegurar-se que as regras vigentes para elas e seus funcionários sejam cumpridas, que as infrações se descubram e eventualmente sejam punidas. (VERRÍSIMO, 2018).

Nesse sentido é notório que o instituto desde a sua conceituação traz uma base simplória que significa, atuar com ética dentro de uma estrutura empresarial. Ainda nesse sentido, conceitua Luis Roberto Antonik:

Em síntese, valores éticos são um conjunto de procedimentos que ajudam a organização a atingir objetivos e a revelar aos acionistas como se pretende conduzir negócios. Os valores éticos assumidos por uma empresa deixam claro aos empregados que ela é justa e mostram aos clientes que o suprimento de

produtos e serviços será feito sempre dentro da normalidade, obedecendo aos padrões de qualidade e razoabilidade de preços, seja na alegria ou na tristeza. Mas, sobretudo, a ética é espontânea. Cumprir normas e regulamentos não diploma uma entidade como ética, pois isso é *compliance* (ANTONIK, 2016).

Não obstante a simplicidade na ideia central trazida conceitualmente não é tão simples assim quando se observa os escândalos envolvendo a corrupção empresarial. Aqui se observa que de fato a função social da empresa é dar lucro, isso é insculpido na essência da atividade empresarial, e, o que o *compliance* prega, é a utilização de mecanismos éticos, capazes de proporcionar ou mesmo majorar, isso, os lucros.

CORRUPÇÃO NÃO É O ÚNICO PROBLEMA!

Conforme foi exposto acima, o *compliance* tem como fundamento principal, atuar e pautar-se na ética. Automaticamente somos levados a pensar que ele só existe ou funciona para evitar ou mitigar corrupção e desvios de dinheiro.

Não obstante, o *compliance* é muito mais amplo que isso e ele atua em todas as esferas empresariais. Vale ressaltar que atualmente o *compliance* ganhou várias especificações, sendo hoje divididos por áreas, *compliance* trabalhista, *compliance* tributário, *compliance* ambiental, *compliance* concorrencial, dentre outros.

De tal forma que, podemos observar na esfera trabalhista, por exemplo, pode e deve analisar possíveis casos de assédio moral na estrutura hierárquica da empresa. De tal forma, e, apenas à título de exemplo, o gestor que assedia seu subordinado, por óbvio, está tomando a decisão equivocada tanto quanto o gestor que está desviando dinheiro público através de obtenção de vantagens indevidas.

Dito isso, faz-se necessário criar e assegurar que a tomada da decisão correta seja induzida em todas as esferas empresariais, incorporando a ideia de que fazendo a escolha certa, seguramente aquela empresa irá obter melhores resultados, e, por consequência melhores lucros. Veja no exemplo citado, o

funcionário que não tem receio do trabalho, produz melhor, além de evitar indenizações e custos processuais em processos trabalhistas.

O ESTADO COMO PROPULSOR DO COMPLIANCE – UTOPIA OU REALIDADE?

Conforme exposto acima, o *compliance* ganhou inúmeras vertentes, possuindo como escopo não só evitar a corrupção dentro das empresas, mas, também, zelar para o bom funcionamento da mesma, por óbvio reduzindo gastos desnecessários e aumentando a lucratividade.

Contudo, é fato notório que a existência de um programa de integridade (*compliance*) por si só, não é capaz de suportar essa tarefa. Grandes empresas envolvidas em escândalos de corrupção, possuíam excelentes, ao menos no papel, programas de *compliance*.

O último relatório da Transparência Internacional divulgado em 21/02/2018 mostra que a corrupção continua sendo um grave problema para o Brasil, que agora ocupa a 96^a. colocação no ranking da corrupção no setor público, de um total de 180 países avaliados na pesquisa. Trata-se, de fato, de um problema gravíssimo, uma vez que a corrupção, tal como a assistimos atualmente, está enfrontada em todas as esferas e níveis da Administração Pública e em todos os setores da economia nacional, com grave violação ao Direito, as leis e aos Princípios da Ética e da Moralidade, colocando em risco a própria Democracia, o Estado de Direito e os pilares da República.

Nesse viés, é necessário tratar o instituto em análise, como meio eficaz para o atual cenário empresarial brasileiro, não pois, considera-lo, como modismo passageiro. Nesses termos, bem leciona Marcos Assis:

Embora algumas pessoas não atribuam o verdadeiro valor aos controles internos, julgando a gestão de *compliance* aliada à gestão de riscos como um modismo, é preponderante ressaltar que essas ferramentas constituem a base para o sucesso dos negócios. Tentar depreciar o alinhamento dos controles internos,

compliance e riscos é um grande erro, pois processos são dependentes. Logo, a chance de fracasso como uso separado se torna maior (ASSIS, 2017).

De forma resumida, a geração de uma cultura ética, mas voltada para resultados, requerer quatro atributos: foco no aumento de produtividade; crescimento, eficiência, e redução do comportamento impresumível e negativo. Sem eles, a empresa não resiste às pressões de mercado, como concorrência, cobrança de clientes e exigências administrativo-mercadológicas. Mas é preciso salientar que a criação de uma cultura ética não deve suprimir a finalidade do lucro empresarial (ANTONIK, 2016).

É certo que os mecanismos de *compliance* pretendem ajudar o empresário a obter melhores resultados dentro de sua empresa. Ele é inevitável para auxiliar a empresa a obter seu fim, sua função social, que, para esse artigo é o lucro.

Acima demonstramos o que é o *compliance*, onde esse instituto se encontra no cenário empresarial, os benefícios de sua utilização e as formas que ele vem se desenvolvendo no país. Não obstante, o que se propõe agora é uma nova forma de abordagem, através da indução comportamental, não necessariamente culminando em proveitos econômicos, mas sim, em mudança de pensamento, cultural.

Sabemos que a Constituição Federal em seu artigo 170, estabelece as diretrizes na ordem econômica. De certo que, o objetivo é estabelecer que a intervenção na ordem econômica garantida, em um fim maior, a existência digna através do trabalho e produção de bens e serviços.

De certo que o Estado, pode intervir na economia de forma direta e indireta. A intervenção direta, ocorre quando o Estado faz-se como agente econômico, empresário, atua nesses termos em determinado setor. Não obstante, para fins desse trabalho, o importante é a intervenção estatal de forma indireta, qual seja, quando o Estado, não é o agente, e, sim, o incentivador (artigo 174, Constituição Federal).

Conforme já exposto no início do presente trabalho, o Estado pode incentivar adoção da utilização do programa de integridade, através da exigência de programas de *compliance* quando da celebração de contratos públicos, leis estaduais de nº. 7.753/2017 (Rio de Janeiro) e nº6.112/2018 (Distrito Federal), ou quando escolhe ser utilizado como mecanismo redutor das penas supostamente devidas (Lei Federal nº 12.846/13), dentre outras formas.

A promulgação da Lei Federal n.º 12.846/13, conhecida como “Lei Anticorrupção” e do Decreto nº 8.420/15, que dispõem sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, representa um importante esforço na luta contra a corrupção, pois trouxe à tona a discussão sobre a ética empresarial e a conduta de integridade que as empresas devem buscar ao exercerem suas atividades, especialmente quando relacionadas com a Administração Pública e envolverem o interesse público. No final de 2017, precisamente em 16/11/2017, entrou em vigor a Lei estadual fluminense nº 7.753/2017, que dispôs, de forma pioneira no país, sobre a obrigatoriedade da implantação de programas de integridade nas empresas que estabelecerem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública, indireta e fundacional, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que envolvam contratações superiores a R\$1.500.000,00 para o caso de obras e serviços de engenharia e de R\$650.000,00 para compras e fornecimento de outros serviços.

Seguindo o exemplo da norma fluminense, o Distrito Federal editou a Lei nº 6.112/2018, que no mesmo sentido passou a exigir a implantação de programas de integridade para as empresas interessadas em contratar com os órgãos daquele ente da federação. No entanto, a norma do Distrito Federal vai além da exigência contida na Lei do Estado do Rio de Janeiro, pois torna obrigatória a implantação do programa de integridade não só para os novos contratos, mas também para aqueles já em curso, com prazo superior a 12 meses, firmados com ou sem dispensa de licitação, nos valores e condições que especifica.

Também no sentido de tornar obrigatória a implantação do Programa de Integridade como requisito para as empresas contratarem com a Administração

Pública é o Projeto de Lei Federal nº 7.149/17, que encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados, cuja ementa: "Altera a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, para estabelecer diretrizes a serem observadas nos programas de *compliance* implantados pelas empresas que contratam com a administração pública."

A intervenção do Estado na economia é de suma importância, bem como é inequívoca a importância das tratativas expostas acima, demonstram claramente uma mudança no cenário brasileiro, certamente em resposta aos grandes escândalos de corrupção.

Não obstante, ainda que as intervenções acima expostas são intervenções indiretas na economia, elas trazem consigo benefícios diretos na utilização dos programas de integridade. Utilizando do *compliance*, é possível, por exemplo, obter uma pena menor em uma possível condenação.

Por certo, uma intervenção indireta é de suma importância da análise do todo, no cenário empresarial, deve ser fortemente difundida na empresa e nos contratos, não obstante não poderá ser única. A utilização e promulgação dos programas de *compliance* precisa ser bem maior, ele precisa ser uma conscientização da sociedade como um todo.

COMPLIANCE E NUDGE COMO MECANISMOS NECESSÁRIOS PARA INDUÇÃO DA ESCOLHA CERTA!

Na tradução livre *nudge* pode ser entendido como empurrão, para fins desse artigo e pelos estudos da economia comportamental pode ser entendido como estímulo, lembrete, incentivo para se fazer ou escolher determinada coisa ou atitude, a correta.

A economia comportamental (*behavioral economics*) é o ramo interdisciplinar da ciência dedicado ao estudo do processo de decisão humana. As primeiras pesquisas na área foram desenvolvidas na década de 50 por Simon (1955), em torno da ideia de racionalidade limitada. Entretanto, os princípios informadores foram consolidados apenas na década de 70 por Kahneman e Twersky (1974), que apontaram para a tendência humana de confiar em heurísticas e vieses cognitivos para reduzir o esforço de raciocínio e para os resultados ineficientes derivados de decisões baseadas em atalhos mentais (COSTA,2017).

A economia comportamental se baseia na premissa que, naturalmente, as tomadas de decisões humanas não são sempre feitas de forma racional, pelo oposto, muitas vezes, o processo de tomada de decisão é totalmente emotivo, podendo, nesse momento, não optar por escolher de forma mais correta ou ética.

O “nudge” é a expressão mais popularizada da economia comportamental, mas ela não transmite toda a capacidade de ação comportamental no âmbito regulatório (ALEMANNO; SIBONY, 2015). A regulação informada no comportamento (*behaviorally-informed regulation*), diversamente do Paternalismo Libertário, não é necessariamente preservadora da livre escolha e muitas vezes requer a intervenção da lei (ALEMANNO; SIBONY, 2015). No entanto, o “nudge” acaba por ser genericamente identificado por esse tipo de regulação, embora não seja o termo mais adequado para qualificá-la (COSTA, 2017).

De tal forma, o que se pretende nesse artigo é promover a interface dos institutos *compliance* e *nudge*, no sentido que, em linhas gerais, *compliance* significa seguir as ordens de conduta dentro de um cenário empresarial mais corretas e éticas, o *nudge* é promover, através de incentivos (ou mesmo como regulação indireta) a escolher a opção mais correta, mais racional.

Diante disso, há espaço para a regulação – informada no comportamento – no tratamento da corrupção pública, notadamente acentuado pela possibilidade da utilização de lembretes morais e pela manipulação das normas sociais descritivas (COSTA,2017).

Indo além do exposto na transcrição acima, em que pese o brilhante artigo escrito sobre o tema, a utilização do *nudge* vai muito além dos casos de corrupção. Embora, não menos importante é tratar também da utilização dele na seara das contratações públicas.

Nesse sentido, por exemplo, uma cartilha contendo ilustrações sobre o que um gestor deve fazer, ser entregue no dia da promoção de um determinado funcionário para o cargo de gestor. Nesse momento, o recém promovido gestor, pode conscientizar que determinado tratamento para com seus subordinados, precisa de limitações para não ser confundido com outras situações mais graves (exemplo do assédio moral exposto acima).

De outro norte, já na seara pública, no momento da realização da licitação, poderá ser distribuída uma cartilha ou afixados cartazes sobre o que um licitante deve fazer seja no momento da licitação, seja em futura contratação com a administração pública.

Lembrar o licitante vencedor, quando da assinatura do contrato que toda a tomada de decisões daquele determinado contrato, deve se pautada na ética e boa fé entre as partes.

O tema pautado, pode parecer óbvio, não obstante não é, sobretudo quando levamos em consideração a irracionalidade inerente da grande maioria dos comportamentos e tomada de decisões do ser humano. E, seguramente, carece ainda de regulação indireta nesse sentido.

Cabe uma pequena observação, qual seja, os *nudges*, ou empurrões para escolha certa, ou lembretes morais, são aqui discutidos como formas de aumentar e melhorar os programas de *compliance* dentro de uma estrutura empresarial, seja na seara pública, seja na seara privada e sobretudo na interface dos dois. Deve ser tratado como mais uma hipótese de regulação indireta ou, dentro de uma empresa, uma medida organizacional, e, de forma alguma como mecanismos de substituição a qualquer outra forma de regulação ou lei. Deve ser parte integrante do programa de *compliance* da empresa.

As medidas organizacionais que a empresa deve adotar devem ter por objetivo evitar as oportunidades de violação das normais legais, regulamentares e éticas, bem como possibilitar a descoberta de fatos ou atos que impliquem a violação dessas normas. Elas devem estar integradas no dia a dia da empresa, e ser estabelecidas em função do risco da atividade ou da função exercida (VERÍSSIMO, 2018).

Nesse sentido, Luís Roberto Antonik, criou em seu livro *Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial*, os dez mandamentos da ética empresarial, que trazem lembretes básicos que se, afixados na recepção da empresa ou nas salas de reuniões por exemplo, certamente, já intimidaram prestadores de serviço, membros da empresa e mostram desde o início de forma simples, e, sem maiores custos, o que aquela empresa acredita:

OS DEZ MANDAMENTOS DA ÉTICA EMPRESARIAL:
I – Não divulgarás propaganda enganosa ou amoral;
II – Não assediarás sexualmente;
III – Não coagirás pessoas;
IV – Não apadrinharás o mau desempenho, os amigos ou parentes;
V – Tratarás os colaboradores com respeito;
VI – Demitirás os gerentes arrogantes e soberbos;
VII – Honrarás Clientes;
VIII – Não subornarás agentes públicos ou compradores dos seus produtos ou serviços;
IX – Não poluirás ou cometerás sacrilégios contra o meio ambiente;
X – Lucrarás como consequência da sua capacidade (ANTONIK, 2016).

Os pequenos empurrões morais, servem para induzir a cidadão a tomada da escolha certa, sobretudo, na seara empresarial. Esses empurrões, devem, desde já, serem incorporados nas práticas de *compliance* e serem amplamente difundidos a todos os envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que qualquer medida que tenha por objetivo mitigar os casos de corrupção na esfera empresarial ou em sociedade é sempre bem vinda, tendo em vista que é pelo ralo da corrupção que importantes recursos são diuturnamente desviados, trazendo enormes prejuízos para o país e para sociedade. De igual modo, também é certo que o empresariado brasileiro precisa se adequar à nova realidade do cenário econômico mundial, que fortemente vem adotando medidas para o combate a corrupção e enfatizando cada vez mais as diretrizes da ética empresarial.

No entanto, a obrigatoriedade da existência do programa de integridade, com expressa previsão legal, de um modo geral, pelo menos no atual cenário nacional e considerando as disposições legais já editadas, não se mostra como o melhor caminho para alcançar aquele objetivo. Embora, como dito, deverá ser mantido e incentivado, sempre.

Do ponto de vista legal o arcabouço jurídico já existente no país, representado especialmente pela Lei nº 12.846/13 e pelo Decreto nº 8.420/15, não se mostra, até o momento, capaz de inibir e punir casos de corrupção empresarial, principalmente nos contratos públicos.

Assim, para que tenhamos efetivamente mudanças no cenário empresarial é preciso colocar em prática o que já está previsto na legislação atual, aprimorando os mecanismos de indução existentes, induzindo os empresários a tomarem a decisão certa, e, provendo as vantagens da tomada dessas decisões.

A experiência internacional já demonstrou que o **incentivo** às boas práticas empresariais de integridade e conformidade tem surtido melhores efeitos, de modo que adoção da indução de ideias, se mostra mais prático, eficiente e

econômico para os cofres públicos, para os empresários e para a sociedade como um todo.

Portanto, ao invés de tornar obrigatória a existência de programas de *compliance*, ou reduzir a pena de quem investe nesses programas, o que precisamos é estimular e induzir enfaticamente o cidadão comum a fazer a escolha certa, a escolha que irá culminar a observância da Lei, da ética empresarial e da moralidade no trato dos interesses de toda a sociedade, através, por exemplo dos *nudges*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.12.846. 1ºago.2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>.

Acesso em: 15/07/2018.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Programa de Integridade – Diretrizes para Pequenos Negócios. Brasília. CGU, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-para-pequenos-negocios.pdf>. Acesso em: 15/07/2018.

EL PAÍS, Jornal Global, Raking de Corrupção da Transparência Internacional, www.https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html.

Acesso em 26/06/2018.

VERRÍSIMO, Carla. *Compliance: Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Editora Saraiva. 2018.2ª Tiragem.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. Manual de *Compliance*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MENDES, Francisco Schertell; CARVALHO, Vinicius Marques De. *Compliance– Concorrência e combate à corrupção*. São Paulo. Editora Trevisan, 2017.

ASSI, Marcos. Governança, riscos e *compliance*: mudando a conduta nos negócios. São Paulo: Editora Saint Paulo, 2017.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. Programas de *Compliance*. Anticorrupção No Contexto Da Lei 12.846/13: Elementos E Estudo De Caso Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13726/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Vers%C3%A3o%20Final%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15/07/2018.

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

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda (org.). *Compliance e Integridade, Aspectos Práticos e Teóricos*. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2017.

SANTOS, Clarice Fernandes. Lei Anticorrupção Reestrutura Políticas Organizacionais no Brasil. Curitiba. XXV CONPEDI - Intervenção Estatal, Governança Corporativa e *Compliance* no combate à corrupção, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/90d23xqb/97wUJNLU9s03pPYP.pdf>. Acesso 15/07/2018.

APARECIDO, Marina Ferrara Barbosa. Princípios Norteadores Para A Elaboração E Adoção De Boas Práticas De Governança Corporativa. Dissertação apresentada no programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima. 2017.

DE SOUZA, Rayse Kiane; DE SOUZA, Márcio Vieira. Nudge e o Design Comportamental: indução de ideias na experiência digital. VII Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação. Foz do Iguaçu. 2017.

COSTA, Natália Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. Revista de Informação Legislativa n° 214, Edição abr/jun 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91