

AS BASES DO COMPLIANCE E A DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO EMPRESARIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA

THE BASIS OF COMPLIANCE AND THE DEFINITION OF THE BUSINESS FUNCTION OF PRODUCTIVE ACTIVITY

Giovani Agostini Saavedra¹

Professor de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na Faculdade de Direito (MACKENZIE, São Paulo/SP, Brasil)

Daniel Francisco Nagao Menezes²

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito (MACKENZIE, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito econômico; direito empresarial. conceito de *compliance*, observando o seu avanço histórico que acompanha a evolução do Estado de Direito até se

RESUMO: Este trabalho, de natureza exploratória, busca analisar as bases filosóficas e jurídicas da criação do tornar um critério de atuação empresarial e social na realidade atual, baseado não só na lei, mas também na autorregulação

¹ Doutorado em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main. No período de 2005 a 2008, foi Membro do Internationale Studiengruppe zur Kritischen Theorie - Institut für Sozialforschung (Frankfurt am Main - Alemanha). *E-mail*: giovani.saavedra@saavedra.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5594109824546097>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5269-3844>.

² Graduação em Direito (PUC-Campinas). Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta). Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana MACKENZIE). Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor em Economia (UNESP-Araquara). Professor Colaborador da Maestría em Economía Social da Universidad Autónoma de Guerrero (Acapulco, México). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 2. Membro do CIRIEC-Brasil. *E-mail*: nagao.menezes@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4101655062938301>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9151-5699>.

dos agentes econômicos, formando uma arquitetura de colaboração. A cooperação cria um novo significado para o conceito de função empresarial, que passa a ter o *compliance* como elemento central da atividade empresarial. O método no artigo utilizado foi o hipotético dedutivo, com uso de revisão bibliográfica nacional e internacional.

ABSTRACT: *This exploratory work seeks to analyze the philosophical and legal bases for the creation of the concept of compliance, observing its historical advance that follows the evolution of the rule of law until it becomes a criterion for business and social action in the current reality, based on not only in the law but also in the self-regulation of economic agents, forming a collaborative architecture. Cooperation creates a new meaning for the concept of business function, which now has compliance as a central element of business activity. The method used in the article was the deductive hypothetical, using national and international literature review.*

PALAVRAS-CHAVE: *epistemologia; compliance; programa de compliance; autorregulação.*

KEYWORDS: *epistemology; compliance; compliance program; self-regulation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Epistemologia do *compliance* como conhecimento transversal e critérios de operação do negócio; 2 Caracterização do *compliance* como disciplina independente; 3 Conformidade como um conceito jurídico de aplicação prática; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Compliance epistemology as transversal knowledge and business operation criteria; 2 Characterization of compliance as independent discipline; 3 Compliance as a legal concept with practical application; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Compliance virou moda. Não é exagero. De fato, essa área nova do conhecimento, está se desenvolvendo a passos largos no Brasil. Porém, em que pese *Compliance* exista no Brasil desde a década de noventa, somente nos últimos dois anos ele passou a chamar a atenção da vida acadêmica e do mundo empresarial de forma mais consistente. As razões desse interesse são, principalmente, as seguintes: de um lado, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998), ampliou consideravelmente os setores obrigados a ter programas de *compliance*, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à

lavagem de dinheiro³; além disso, a APn 470 (o caso do Mensalão) acabou também chamando a atenção de todos para a debate sobre a responsabilidade penal dos *Compliance Officers*⁴, bem como para o debate sobre a teoria do domínio do fato⁵.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (também chamada de “Lei Anticorrupção”, “Lei da Empresa Limpa”, “Lei da Probidade Administrativa” ou “Lei da Probidade Empresarial”) completou esse ciclo. Ela veio, em grande medida, implantar no Brasil medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados Unidos da América. Inovação maior na área de *Compliance* foi a possibilidade de a existência de programas de *compliance* ter um impacto positivo na aplicação das penalidades da lei e a responsabilidade objetiva da empresa no caso de atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício. Também essa lei acabou tendo sua importância ressaltada por dois casos práticos: a chamada “Operação Lava-Jato” e a chamada “Máfia das Próteses”. A “Operação Lava-Jato” acabou por desencadear uma onda de investigações nacionais e internacionais correlatas, fundamentadas em leis anticorrupção, na nova lei de lavagem e em mecanismos de persecução penal, que foram consagrados tanto na nova lei anticorrupção, quanto na nova lei de lavagem, assim como na lei de organizações criminosas, o que contribuiu sobremaneira para o início de criação de uma consciência acerca da importância, do alcance e do papel dessas novas leis e para mecanismo de autodenúncia típicos da área de *compliance*, tais como: acordos de leniência e colaboração premiada.

Em 2018, uma nova dimensão do *compliance* passou a fazer parte da agenda de *compliance* no Brasil: o *compliance* digital. Em 14 de abril de 2016, foi aprovado, na Europa, o *Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD (GDPR – General Data Protection Regulation)* que passou a regular a

³ Sobre as mudanças da nova lei, ver: SAAVEDRA, G. A. *Compliance* na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, v. 75, p. 22-30, 2012; SAAVEDRA, G. A. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, v. 54, p. 165-180, 2014.

⁴ Ver, a esse respeito: COSTA, H. R. L. da; ARAÚJO, M. P. C. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 215-230, 2014.

⁵ LEITE, A. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 47-90, 2014.

privacidade e proteção de dados pessoais aplicáveis a todos os indivíduos na União Europeia, bem como a exportação de dados pessoais para fora da União Europeia⁶. Esse regulamento entrou em vigor 25 de maio de 2018 e os meses que antecederam esse prazo foram marcados no Brasil por uma efervescência de cursos e treinamentos sobre o tema. Esse movimento foi acompanhado por um trabalho bem-sucedido de relações governamentais, que teve por consequência a aprovação em período relativamente breve da norma brasileira: em 10 de julho de 2018, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei da Câmara nº 53/2018, criando a *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Nesse sentido, pode-se dizer que o *compliance* digital no Brasil agora já é uma realidade⁷.

Nós poderíamos ampliar a lista de exemplos, especialmente, no que diz respeito ao *compliance* antitruste, *compliance* tributário e outras áreas de *compliance*, cuja importância tem crescido nos últimos anos, mas, esse breve esboço do cenário atual é suficiente para exemplificar o quanto o fenômeno do *compliance* tem adquirido em importância e complexidade. Ainda que, do ponto de vista prático, *compliance* tenha sido muito debatido e, aos poucos, tenha encontrado espaço de concretização em empresas de todos os ramos no Brasil, ou seja, ainda que seja inegável o avanço da implementação do *compliance* no Brasil, o mesmo ainda não pode ser dito do debate acadêmico acerca do tema. Em especial, o debate em torno do *compliance* ainda ressent-se de uma melhor delimitação.

Em grande medida, não seria errado afirmar que o surgimento do *compliance* no Brasil é fruto de um processo complexo de mudança estrutural na forma de efetivação institucional do controle penal. No Brasil, à primeira vista, parece não haver a menor dúvida dessa relação: o termo surgiu na década de noventa, década que, segundo parte considerável da doutrina (e que parece ser confirmada pela intensa produção legislativa nessa seara, que cresceu muito a partir de então), marcou o início do processo de “expansão” do direito penal brasileiro⁸. Na verdade, o conceito de *compliance* surgiu, no Brasil,

⁶ KÜHLING, J.; KLAR, M.; SACKMANN, F. *Datenschutzrecht*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018. p. 88.

⁷ SAAVEDRA, G. A.; MENEZES, D. F. N. Proteção de dados na América Latina e os desafios do Covid-19. *Prim@ Facie*, v. 19, p. 285-307, 2020.

⁸ Ver, a esse respeito: CAMPOS, M. da S. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCrim, 2010. p. 188. A expressão “expansão” foi,

na década de 90, mas apenas nos últimos anos ele também passou a ser objeto de estudos jurídicos. Formalmente, o conceito passou a ter relevância jurídica, principalmente, com a entrada em vigor da Lei nº 9.613, de 03.03.1998, e da Resolução nº 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional.

Desde então, as instituições financeiras e, logo após, também as empresas do mercado de seguros em geral passaram a ter o dever de, respectivamente, comunicar operações suspeitas, que pudessem implicar a prática do delito de lavagem de dinheiro (os chamados deveres de *compliance*) e de criar sistemas de controles internos, que previnam a prática de lavagem de dinheiro, que promovam o combate ao terrorismo, entre outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Na verdade, o cumprimento de acordos sociais ou normativos como gênero da atividade empresarial é uma das principais consequências diretas da vida política do ser humano, é uma questão de multidisciplinaridade da teoria, da prática e da política. Dimensão da realidade em que convergem várias disciplinas em constante oscilação entre direito, economia e sua mistura, concretizada na análise econômica do direito, por sua vez enriquecida com as abordagens da sociologia, da psicologia e do estudo da arquitetura das decisões, de acordo com regras de funcionamento sociais e políticas.

Nesse sentido, a aceitação das normas e do seu sentido de obrigação é uma expressão da vida social humana moderna cuja validação passa pelos conceitos de legitimidade, necessidade e viabilidade do Estado moderno atual. Consequentemente, a sua análise e decantação cognitiva sempre foi e será um foco de atenção do público e, consequentemente, um ponto de observação e realização da esfera privada.

Não é arriscado afirmar que *compliance* é um conceito tão vinculado à norma que vai ainda na sua gênese, por isso, a teoria do direito pura e sua mistura de relações com várias disciplinas, sempre focou a atenção nos mecanismos de validação, aceitação e exequibilidade das regras. De fato, a

cuidadosamente, colocada entre aspas, porque as pesquisas do autor sugerem, ainda que em caráter preliminar, que esse fenômeno é cíclico e não parece ser apenas característico desse período. O maior ou menor interesse do estado pelo controle penal depende de muitos fatores e não pode ser facilmente descrito neste breve artigo. Isso não invalida o fato de que, de fato, desde a década de noventa, pode-se identificar um maior interesse do Estado pelo Direito Penal em vários países do mundo, inclusive no Brasil. Não deixa de ser interessante também que, nesse processo, destaca-se, cada vez mais, o interesse pela criminalização da atividade empresarial e da atividade política.

esse respeito, como consequência lógica da observação, pode-se afirmar por dedução que os problemas de conformidade regulatória são provavelmente tão antigos quanto os próprios sistemas de organização humana. Desse modo, analisar a emergência de mecanismos de autorreferência que surgiram no setor privado como fenômeno social, político, econômico e jurídico é uma tarefa interessante como método de observação e evolução do componente social e jurídico das sociedades humanas.

O cumprimento das regras não é algo estático, especialmente o que implica uma restrição das liberdades fundamentais do ser no que diz respeito à sua mobilidade, às suas crenças ou ao seu lucro. Neste contexto, o equilíbrio entre legitimidade, incentivos e percepção é a chave determinante dessa equação de conformidade. Por sua vez, os Estados traçaram estratégias para incentivá-lo, que, evidentemente, também não foram estáticas e evoluíram ao longo do tempo, de abordagens sancionatórias e intimidatórias para práticas cooperativas e autorresponsáveis, nas quais a promoção do direito é central.

Assim, a decisão de cumprimento regulatório não é apenas uma situação binária de cumprimento ou não cumprimento, mas as dinâmicas que a explicam são complexas, uma vez que intervém um grande número de variáveis⁹, que podem afetar a decisão de cumprir ou não o atual marco regulatório.

Algumas das explicações dos cortes filosóficos e culturais, que afetam tacitamente essa decisão, não são constantes em todas as sociedades e regiões do mundo e não significam que haja uma fórmula única que defina e explique o cumprimento em seu sentido amplo e literal, mas antes, uma série de teorias que poderiam ser adaptadas e ajustadas para compreender esse fenômeno, dependendo das condições em que se desenvolveu e onde é estudado. Consequentemente, como abordagem para o estudo do *compliance*, como categoria conceitual de análise, é necessário entendê-lo como um fenômeno sistêmico, que contém elementos, subsistemas, relações e que podem ser afetados ou modificados por incentivos recebidos pelos agentes imersos nesse sistema.

Nesse sentido, compreender os mecanismos que determinaram o surgimento do *compliance* como disciplina autônoma pode fornecer ideias

⁹ ANDREONI, J.; ERARD, B.; FEINSTEIN, J. Tax compliance. *Journal of Economic Literature*, v. 36, n. 2, p. 818-860, 1998.

de políticas públicas sobre como melhor integrar os agentes econômicos ao sistema jurídico e, em suma, melhorar o perfil de *compliance* nas sociedades. Este trabalho busca explicar os fatores e as relações que determinaram a emergência de *compliance* no mundo como critério de observação do público e autorreferência do privado.

O texto está estruturado da seguinte forma: nos títulos 1 e 2, o *compliance* e as suas diferentes arestas de entendimento são formalmente definidas e é feita uma ampla revisão de seus fundamentos teóricos e filosóficos. Em virtude desta abordagem, teoriza-se com base na criação do *compliance* na realidade atual, aprofunda-se nas várias etapas, nos mecanismos e nas modificações jurídicas que levaram à sua constituição como componente autônomo de autorregulação no âmbito privado, setor cuja legitimidade e eficiência, alicerçadas em conceitos recentemente desenvolvidos como o cooperativo, têm permitido a sua consolidação como instrumentos de mitigação de riscos e o seu reconhecimento em diferentes ordenamentos jurídicos em todo o mundo. Por fim, serão sintetizadas as conclusões sobre o assunto.

1 EPISTEMOLOGIA DO COMPLIANCE COMO CONHECIMENTO TRANSVERSAL E CRITÉRIOS DE OPERAÇÃO DO NEGÓCIO

Abordar o *compliance* em uma determinada realidade jurídico-econômica de forma cognoscível resulta, inevitavelmente, em um cruzamento de referências elaboradas em um quadro de condições sistêmicas de carácter econômico, social, cultural, jurídico e organizacional. Nesse caminho de compreensão do *compliance* como categoria geral, deve-se partir da base epistemológica de sua concepção e estruturação como conceito empresarial, estatal e social.

Em primeiro lugar, e como gênese da unidade e da organização, está a sociedade e os seus mecanismos vinculativos pactuados, em termos dogmáticos, a sociedade é a construção de um contexto específico organizado em torno de fundamentos¹⁰, como direitos humanos, direitos de propriedade, coletivos,

¹⁰ Ao longo da evolução social e organizacional do homem, as nuances organizacionais foram baseadas na visão geral do momento. Por exemplo, no século XVII, Hobbes considerava que cada sociedade e civilização era mantida unida pela ação do medo. Nessa visão, a tensão cultura/natureza desempenha um papel fundamental na configuração da política e do Estado, que entendem o ser humano como um ser dual em constante luta entre um estado latente de natureza privilegiando a guerra, o egoísmo e o orgulho com um ser temeroso do meio ambiente e dos processos de expropriação humana por

civis, formas de organização e respeito social, evidenciadas pela cultura, identidade e liberdade de configuração – nas sociedades modernas –, todas orquestradas por uma consciência de transferência de liberdades e assunção de obrigações que emanam indiretamente de direitos, todas elas enquadradas em uma construção coletiva dotada de autoridade que heterocompõe toda a sociedade denominada estado-nação¹¹.

De acordo com a confluência de ações e ideologias, o ser humano integra-se com os demais por meio da identificação social – racial, geográfica, cultural, ideológica –, da aceitação do marco legal e do seu papel de contribuição econômica. Um dos primeiros elementos indispensáveis na gênese epistemológica do *compliance* é o condicionamento do ser à sociedade, às regras e à cultura¹².

Essa concretização fundamenta e sustenta a figura do poder do Estado como órgão dirigente dos mercados e legítimo observador da vida em sociedade. Consequentemente, pode-se argumentar que a coesão do tecido social está baseada no extensionismo do sujeito individual em sujeito coletivo – constituinte primário –, que reconhece voluntariamente o poder do poder do Estado – *ius puniendi* – para a unificação e realização das regras gerais de funcionamento acordadas, bem como para defender a sociedade de um mundo limitado e escasso por definição, com tendências para o hostil e caótico¹³.

No caminho para assegurar e cumprir as expectativas sociais em torno da ordem, para a nacionalização da vida natural – estabelecimento da ordem e codificação –, surge um mecanismo de validação social, uma arquitetura racional complexa que legitima visões, ideologias e acordos sociais em torno de um instrumento de uma natureza vinculativa por maioria como a lei dentro de uma organização política e social de natureza coercitiva com o Estado, assim como resultado da unificação de critérios, costumes e ideologias locais são recolhidos em textos, falhas ou regras de funcionamento econômico como mecanismos de conformidade do que é acordado como socialmente ideal.

ação residual do conflito, segundo o qual, o ser humano estava disposto a entrar em um estado de civilidade depositando o uso coercitivo da força em um grande leviatã, renunciando a sua liberdade, mas procurando garantir um estado de tranquilidade e prosperidade para si e para a sociedade. Vários autores como Foucault, Freud, Spinoza, Hegel, Fromm, Piketty, entre outros, qualificaram essa visão e acrescentaram ou retiraram mais elementos à teoria do poder e da organização social.

¹¹ FOUCAULT, M. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹² PIKETTY, T. *Capital e ideologia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

¹³ FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Assim, estabelece-se um conjunto de parametrizações de comportamentos, direitos e deveres aos quais todos estão igualmente sujeitos¹⁴.

Na conceituação de Estado-nação, direito e sociedade, nasce um conceito estrutural em todo o arquétipo epistemológico do percurso evolutivo do cumprimento, relacionado com a obrigação – conceito social e ontológico – e a validação do poder como meio de garantia conformidade – *ius puniendi*. O exposto permite vislumbrar duas colunas estruturais do funcionamento social atual: (1) uma legitimadora e (2) uma legitimadora jurídica. A primeira, de abordagem social, reconhece no Estado o monopólio da força e a capacidade material de utilizá-la, para que essa entidade demonstre capacidade de exercer o *compliance* na sociedade por meio da parametrização de comportamentos, buscar o cumprimento do convencionado por legitimação e aceitação voluntária ou por reconhecimento de sistemas de incentivos ou punições.

De acordo com a abordagem jurídica, referimo-nos a uma concepção validadora da primeira (social-legitimadora), de tal forma que o direito como conhecimento evolutivo emanado da sociedade possibilita, legitima e valida a imposição de mecanismos para garantir o cumprimento do estabelecido, tendo como essência a limitação das paixões humanas por um poder coletivo emanado do mesmo poder social, que o limita e regula, situação que dá origem à existência do estado *ius puniendi*. Nesse quadro de realidades relacionadas com a sociedade, a cultura, a ordem e o direito, começam a emergir ações de maior atenção em torno da construção do conhecimento sociológico e estatal.

À luz dessa construção sociojurídica – como subdimensões de uma realidade política unificada –, é primordial compreender os atos econômicos¹⁵, políticos, sociais, religiosos e puníveis que podem ou não ter repercussões jurídicas (responsabilidade), critérios de unificação e regulação que servirão para harmonizar o funcionamento social de forma matricial, podendo atribuir consequências esperadas aos atos racionais. Concomitantemente a esse processo, a vontade racional das pessoas autoras de atos econômicos do Estado de Direito surge como elemento orgânico da ordem social e jurídica¹⁶ e dos instrumentos dados para esse fim – o contrato e as ações judiciais –, que dão

¹⁴ CARNELUTTI, F. *Como nasce o direito*. São Paulo: Pillares, 2015.

¹⁵ Os atos econômicos visam satisfazer as necessidades humanas e ocorrem no mercado.

¹⁶ KANT, E. *Crítica da razão prática*. Petrópolis: Vozes, 2016.

origem à incorporação dos atos humanos no direito e na teoria econômica. Este último expande o papel dos padrões além da validação e analisa a estrutura dos incentivos e desincentivos que eles geram em virtude de parâmetros quantitativos e qualitativos.

O direito como elemento de valor, unificação e veículo de coesão social e política dita as regras de funcionamento – quadro de direitos e deveres – e as consequências (responsabilidade penal, civil, extracontratual, disciplinar) pelo incumprimento. Nessa evolução e à medida que a sociedade avança e se sofisticada, a interação e os mecanismos de ordem social tornam-se mais complexos, de modo que a ciência jurídica, como substrato de validação e organização, tem tido a classificar comportamentos contrários à ordem social e a tender a mecanismos de prevenção pelo castigo, em sua função preventiva. Essa soma de situações de fato pressupõe que o público e o privado estão entrelaçados; enfim, que cada um cumpra o seu papel na realidade social e política.

À luz do último ponto e somados a fatores volitivos incontroláveis e caóticos, como agendas particulares, corrupção, custos de transação e conformidade, eles acabaram frustrando a visão legitimadora de conformidade e fizeram persistir a sanção para conformidade. Essas situações têm levado, seja por patrocínio do público ou por estratégia autônoma do privado, ao desenvolvimento de sistemas autorreferenciais em torno de suas atividades e seus riscos, chamados de mecanismos de autorregulação.

É nessa compilação sistemática de fatos, ideologias e análises, de forma resumida, que um julgamento pessoal pode ser inferido de uma primeira aproximação a um conceito epistemológico de *compliance* em nossa realidade. Entendemos duas fases para sua conceituação: 1) uma interna subjetiva, que se refere àquele elemento de disposição para proceder de acordo com as normas estabelecidas – cumprimento normativo –, dimensão que incorpora valores e princípios em sua estrutura¹⁷; e 2) objetivo externo, relativo ao quadro normativo existente – iuspositivismo –, cumprimento que decorre da conformação social e jurídica.

Até aqui podemos destacar que o direito tem servido às sociedades como mecanismo de estabilização, de validação pelas mudanças políticas e de ordenamento da sociedade e sua evolução. A ideia de direito, o Estado e o

¹⁷ KANT, E. *Crítica da razão prática*. Petrópolis: Vozes, 2016.

seu vínculo de relação jurídica passam por um anel de coesão denominado “cumprimento” para que não haja Estado sem direito ou direito sem sentimento intrínseco de validação e cumprimento da sociedade que é o mesmo Estado. À luz dessas relações, o cumprimento – em termos gerais, não como disciplina desenvolvida nos últimos anos – é um conceito estrutural típico da conformação dos Estados e do direito. O carácter vinculativo dos axiomas do Estado¹⁸ e da ordem humana, sempre trouxe na sua gênese uma visão ontológica do ser e da sua realização, atribuída a fatores de interesse racionais e involuntários derivados da natureza humana¹⁹, e da aceitação de uma ordem ou por fatores dissuasivos, como penalidades.

A conceituação geral do *compliance* parte de uma observação social, normativa e dogmática do que é considerado desejável ou obrigatório. Assim, sendo a lei o instrumento normalizador, com efeitos de formalização da vontade democrática, é possível compreender o sentimento de obrigação²⁰ como resultado direto da construção social que visa à proteção dos valores e interesses necessários à vida em comunidade, de tal forma que essa conformidade no seu sentido geral passa a ser um mecanismo que deve ser analisado primeiro desde a sua concepção social e, depois, desde a sua função jurídica ou normativa, que passa na sua dimensão final por um mecanismo complementar do Direito como os sistemas de autorregulação – ação cooperativa desenvolvida na esfera privada para cumprir e tornar efetivos os fins e objetivos fixados por um Estado. Só assim a sua estruturação social

¹⁸ HELLER, H. *Teoría del Estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2011.

¹⁹ A partir da década de 1970, a reflexão e o empirismo distorcem duas premissas fundamentais sobre as quais foram construídos os arquétipos do funcionamento econômico e público do ser humano: a racionalidade e as emoções fortes, culpadas do desvio da racionalidade humana. De acordo com esse arcabouço de conceitos e compreensão, estruturou-se hoje uma escola de pensamento denominada economia comportamental e base do estado libertário paternalista, segundo o qual há grande atenção em todos aqueles processos mentais automáticos, alojados no subconsciente, que geram mecanismos de simplificação (heurísticas) de um mundo complexo e geram tanto raciocínio intuitivo essencial no dia a dia, bem como erros e vieses no processamento de informações e na tomada de decisões. Para se aprofundar nessas questões que não são o assunto desta pesquisa, você pode consultar: TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, v. 185, p. 1124-1131, 1974; ZAJONC, R. Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980.

²⁰ Existe um amplo espectro de pesquisas científicas sobre a natureza obrigatória da lei nas sociedades. Ver, a esse respeito: MARTIN, 1970; WOOZLEY, 1979; HERMANN, 1981; RIVAS, 1996; HANSEN, 2015.

e evolutiva pode ser compreendida como uma disciplina especial da esfera jurídico-pública, administrativa, sancionatória ou privado-criminal.

2 CARACTERIZAÇÃO DO COMPLIANCE COMO DISCIPLINADA INDEPENDENTE

Como dito antes, no julgamento pessoal, as raízes sociais que lançaram os alicerces funcionais de uma disciplina específica, como o *compliance* atualmente, é importante apontar o seu amplo espectro de configuração dentro do conhecimento jurídico. Assim sendo, o *compliance* pode ser aplicado em quase todas as áreas do direito, não só em matéria societária de natureza criminal e fiscal, mas também no cumprimento de qualquer atividade desenvolvida por um agente do mercado.

Nesse sentido, *compliance* como conceito geral é definido como *compliance* regulatório em qualquer uma de suas áreas, a partir da autorreferência dentro das empresas²¹ e seu escopo é multidimensional, pois pode abranger o *compliance* e a garantia das medidas de gestão da função pública para os Estados, a prevenção de riscos²², o cumprimento das medidas administrativas para os mercados regulamentados ou a promoção dos valores e da ética nas atividades funcionais dos participantes no mercado, também por meio do *due diligence* e das iniciativas de promoção de integridade na cadeia de terceiros.

Como se observa, é um saber indeterminado, mas determinável segundo as particularidades a partir das quais é analisado, seja do sujeito ativo que deseja aplicá-lo, seja da área específica do direito a ser controlado ou preventivo, da visão dos riscos e das atividades associadas a cada atividade específica. Portanto, no caminho para a realização dessa disciplina, procederemos à escolha do seu desenvolvimento específico como disciplina particular.

2.1 ORIGEM E EMERGÊNCIA COMO UMA ÚNICA DISCIPLINA DE ESTUDO

Até este ponto, não é arriscado argumentar que o *compliance*, como disciplina especial de estudo e desenvolvimento, também estabelece as suas

²¹ VELASCO, E.; SAURA, A. *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Navarra: Aranzadi, 2016.

²² GALLEGOS, J. *Criminal Compliance y proceso penal*. Madrid: Edisofer, 2014.

bases sobre a importância econômica das relações sociais e comerciais em grande escala entre indivíduos que tornam difícil para os Estados exercer o controle sobre o trabalho de fiscalização do interesse público. Da mesma forma, os processos de sinergia público e privado, que desenvolvem grande parte dos projetos mais importantes das economias recentes, geram processos de constante redefinição e aprimoramento derivados do desenvolvimento de novos fenômenos que necessariamente devem ser regulamentados. Um dos precursores desse conceito são os processos de expansão empresarial privada de grande envolvimento nacional e transnacional.

Como gênese documentada do *compliance* como disciplina autônoma, registra-se a metade do século XX, marcada por mudanças sociais de grande magnitude nos padrões de vida do pós-guerra. Essa foi uma época de estruturação e remodelação dos regimes econômicos existentes, quando as preferências individuais na dinâmica econômica e social elevaram o crescente dinamismo empresarial transnacional²³, situação que levou a um transbordamento de ações empresariais que culminou na promulgação do Foreign Corrupt Practices Act¹³, em 1977, para fornecer uma resposta direta às revelações de suborno generalizado de funcionários estrangeiros pelos EUA²⁴ a empresas localizadas em outras jurisdições, e por meio de seus ajustes ao longo do tempo para empresas estrangeiras naquele país. Essa lei foi criada com o objetivo de impedir essas práticas corruptas, criando um campo de atuação para negócios éticos e transparentes e restaurando a confiança do público na integridade dos mercados.

Essa situação levou à institucionalização do controle da corrupção e da cultura de *compliance* nas corporações norte-americanas, o que nos anos seguintes gerou uma série de medidas emanadas de certas situações econômicas e políticas, que levaram à emissão de normas de controle de capitais, lavagem de dinheiro e proibição do financiamento do terrorismo, do controle de grandes corporações – o caso Enron – como: Sarbanes Oxley Act¹⁵

²³ ÁVILA, S.; BUELNA, M. E.; GUTIÉRREZ, L. El desarrollo de la economía de consumo en el contexto del mundo bipolar de mediados del siglo XX. Una visión retrospectiva. *Análisis Económico*, n. 74, v. 30, p. 145-174, 2015.

²⁴ Mesmo que a FCPA seja o padrão significativo como um precursor da conformidade, deve-se reconhecer que a cultura de conformidade nos Estados Unidos remonta ao início do século, o que é evidenciado na emissão de normas como a Pure Food e Drug Act (1906), Federal Reserve Act (1923) e Clayton Antitrust Law (1914).

de 2002, Dodd Frank Act²⁵ de 2010, e a criação dos Sistemas de Gestão de Risco de Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (Sarlaft)²⁶.

Esse acordo social corporativo para regular, respeitar e fomentar uma cultura do *compliance* fomentou um consenso global sobre a importância de gerar uma cultura de *compliance* multidimensional²⁷ e de institucionalizar os seus programas de prevenção ou programas de *compliance*²⁸. Concomitantemente, o *compliance* passou a ser uma área transversal da empresa e da atividade pública, estendendo-se a todas as áreas sensíveis do funcionamento econômico e público, tais como: 1) regulação e supervisão dos mercados regulamentados – serviços públicos essenciais, atividades de risco ou impacto ambiental, setor financeiro, setor de defesa, entre outros; 2) segurança da informação; 3) proteção de dados; 4) proteção de intangíveis; 5) padrões de *compliance*; 6) garantia de cumprimento de sentenças arbitrais estrangeiras; e 7) abolição de práticas corruptas e instalação de processos de contratação transparentes, entre outros assuntos.

O número de disciplinas é muito amplo porque abrange as áreas públicas, disciplinares, criminais, financeiras, administrativas, de direito internacional

²⁵ Como resultado do colapso financeiro e imobiliário, em 2010, o Congresso dos Estados Unidos criou esta lei com o objetivo de limitar de certa forma as liberdades do sistema financeiro daquele país, em busca de transparência, segurança e estabilidade, uma vez que se trata de um mercado complexo com uma falha fundamental de informação assimétrica entre os participantes. Para tanto, foram estabelecidos mecanismos de denúncia com benefícios econômicos para quem os emprega, entre outros.

²⁶ O Sarlaft é composto de duas fases: 1) Prevenção de riscos. O seu objetivo é evitar que recursos de atividades relacionadas à lavagem de dinheiro ou ao financiamento do terrorismo sejam introduzidos no sistema financeiro; e 2) Controle. A sua finalidade é detectar e relatar as operações que se pretende realizar ou foram realizadas, para tentar dar a aparência de legalidade às operações relacionadas com a lavagem de dinheiro ou o financiamento do terrorismo.

²⁷ Embora o *compliance* como disciplina individual pudesse ser atribuído aos Estados Unidos, em torno disso, códigos muito claros sobre o assunto têm sido estruturados em acordos bilaterais e organizações multilaterais, como: 1) OECD'S 2009 Anti-Bribery recommendation and its Annex II, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, 2) Asia-Pacific Economic Cooperation. AntiCorruption Code of Conduct for Business, 3) International Chamber of Commerce. ICC Rules on Combating Corruption, 4) Transparency International. Business Principles for Countering Bribery, 5) United Nations Global Compact. The Ten Principles, 6) World Bank. Integrity Compliance Guidelines y 7) World Economic Forum. Partnering Against Corruption. Principles for Countering Bribery.

²⁸ Esses programas de prevenção, dentro das diretrizes do Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act devem ser estruturado de acordo com diretrizes funcionais e de escopo com o seguinte teor: (1) deve ter função específica na empresa e (2) deve haver compromisso com a cultura de *compliance* por parte das esferas de gestão da empresa.

privado, propriedade intelectual, normas setoriais, cuja violação pode ter implicações em outras questões de responsabilidade – civil, fiscal, disciplinar, criminal –, então a sua visão sistêmica é muito importante, pois esses assuntos podem estar inter-relacionados a partir de *compliance*²⁹ ou de responsabilidade, portanto, a sua gestão também deve obedecer a este critério.

3 CONFORMIDADE COMO UM CONCEITO JURÍDICO DE APLICAÇÃO PRÁTICA

Para caracterizar a disciplina como autônoma no mundo jurídico e econômico, além da justificativa de seu nascimento e sua evolução, é necessário identificá-la a partir de algumas definições doutrinárias, para escolher o seu conteúdo e uma possível classificação proposta na presente investigação, que por sua vez, nos permitirá diferenciar *compliance* de conceitos associados, que, na prática, podem dar origem a erros³⁰.

Para o caso, e como se verá a seguir, o cumprimento, por ser um elemento do direito como resultado final e necessário de sua existência, é de grande importância lembrar a conclusão de Bobbio sobre a necessária garantia do cumprimento do direito e da criação de normas também. Além disso, o mais perfeito sistema de garantias não pode encontrar em si a sua própria garantia, e requer a intervenção ativa de indivíduos e grupos na defesa de direitos que, normativamente declarados, nem sempre são efetivamente protegidos.

²⁹ Essa conclusão sistêmica tem levado ao desenvolvimento da própria disciplina para desenvolver órgãos de controle e prevenção com essa abordagem. Por exemplo, os órgãos de padronização normativa e *compliance* desenvolvidos na Austrália (Standard Compliance Programs AssS 3806-2005) que caracterizam a conformidade regulatória por áreas, tais como: Internacional - tratados e acordos -, procedimentos públicos e administrativos, legislação setorial, princípios e ética. Em linha com essa visão, a norma de auditoria alemã (IDW AssS 980) compilou a conformidade com as normas por eixo, de forma que a conformidade seja categorizada em governança corporativa, criminal, ética e anticorrupção, regulamentação financeira, regulamentação da concorrência, meio ambiente, confidencial e pessoal informações, mão de obra, bens intangíveis, com seus processos, controles e avaliação de riscos.

³⁰ A partir de uma revisão exaustiva da bibliografia, vários autores apontam a tendência de confundir termos em torno de *compliance*: auditoria, controle interno, programa de *compliance*, gestão de riscos, governança corporativa, ética empresarial, manual de ética, códigos de conduta, entre outros. Talvez, na prática, mesmo quando são conceitos diferentes, a sua aplicação às vezes pode ser confusa quando se trata da implementação de um programa de *compliance*; porém, todos eles, indistintamente, descrevem práticas ou diretrizes com o objetivo de orientar os atos econômicos das pessoas para a ética, os valores determinados no interior das organizações ou como objetivo final, a prevenção do ato ilícito (ENSEÑAT, S. *Manual de Compliance Officer*. Pamplona: Aranzadi, 2016).

Avançando nessa concepção de *compliance*, a partir de um conhecimento puramente jurídico podemos encontrar uma de suas raízes no convencionalismo, ou seja, na teoria segundo a qual é possível cumprir o que o direito estabelece e a sociedade determinou. Poderíamos nos aventurar a vislumbrar que o cumprimento é um desejo permanente na criação do direito que, por sua vez, é o fundamento do atual Estado moderno, de modo que este é um ideal de máxima observação e desenvolvimento como saber autônomo dentro da mesma categoria conceitual de a própria lei.

Essa visão filosófico-jurídica de *compliance* pode ser escolhida como um avanço da legitimidade social no desenvolvimento de um iuspositivismo consciente e não dogmático, no qual a eficácia e a legitimidade de aceitação são da ordem principal para além da mera elaboração normativa dos Estados, que tem promovido correntes de autogestão privada dentro do quadro de normalização estabelecido por lei.

Na altura desse entendimento, o cumprimento como conhecimento autônomo – em termos do sistema ou mecanismo de garantia do cumprimento convergiu positivamente a visão do iuspositivismo e do legalismo e conduziu este conhecimento a duas frentes: (1) ao cumprimento do direito e (2) ao dever do operador quanto ao direito – sistemas de autogestão – e ao próprio direito. Essa perspectiva agregada do cumprimento como gestor do dever de se adequar à lei supõe uma tendência estrita de avaliação do marco regulatório, com padrões de diligência próprios de uma compreensão do dever de ser como mecanismo de cumprimento de uma norma, que emerge de um desenvolvimento voluntário dessa disciplina.

Diante dessa desagregação conceitual à luz do direito, o *compliance* tem uma visão onipresente em todo o ordenamento jurídico, tanto por sua gênese quanto por suas consequências e seus custos. O anterior conduziu ao seu desenvolvimento, a par de uma visão do direito natural do dever de ser, configura-se em uma esquematização para além de uma simples apreciação da norma, elevando o grau de vinculação do sujeito obrigado com a mesma ordem, em uma forma que a mesma norma tem evoluído com a intenção determinada de exaltar a autorresponsabilidade dos sujeitos, o que tem gerado que o produto da lei – a regulação em sentido amplo – em algumas dimensões da realidade exige a adoção de mecanismos complexos e de cumprimento de práticas além da mera obediência normativa e restritiva.

Dessa forma, os operadores da regulamentação são sintonizados com o ordenamento jurídico e, por sua vez, é permitido o desenvolvimento de práticas que demonstrem falhas humanas ou sociais no cumprimento do quadro regulamentar promulgado no interior de um Estado e de uma sociedade.

De acordo com o exame efetuado, a análise econômica do direito ganhou grande liderança e conduziu à concepção dessa disciplina, ao nível da sua aceitação e obediência, por fatores políticos ou de poder, a abordagens de eficiência e eficácia regulatória. Além disso, chamam a atenção e a ação dos Estados para esses fins e favorecem a relação útil entre os objetivos da organização social perante a função da lei, de modo que aqui o cumprimento assume uma nuance adicional em termos de grau de cumprimento – ou não cumprimento –, o que implica que os Estados se esforcem por analisar os diferentes mecanismos para aumentar de forma rentável o cumprimento dos destinatários de cada tipo de regulamento. Tendo visto isso, e decidindo brevemente a dependência lógica do *compliance* como base da lei, é possível argumentar que para cada tipo de regulação³¹ haveria um elemento de *compliance* a considerar.

Assim, como conclusão primária, o *compliance* em seu gênero e do ponto de vista jurídico pode ser categorizado como uma resposta à preocupação dos governos com o fenômeno do não cumprimento regulatório, derivado de fatores que vão além da mesma limitação regulatória, tais como corrupção, incentivos para cumprir, qualidade da emissão regulatória, vontade de cumprir, entre outros³².

³¹ A OCDE (2000) propõe uma categorização geral para os tipos de regulação, como: “Regulations can be divided into three categories: – Economic regulations intervene directly in market decisions such as pricing, competition, market entry or exit. Reform aims to increase economic efficiency by reducing barriers to competition and innovation, often through deregulation and use of efficiency-promoting regulation, and by improving regulatory frameworks for market functioning and prudential oversight. – Social regulations protect public interests such as health, safety, the environment, and social cohesion. The economic effects of social regulations may be secondary concerns or even unexpected, but can be substantial. Reform aims to verify that regulation is needed, and to design regulatory and other instruments, such as market incentives and goal-based approaches, that are more flexible, simpler, and more effective at lower cost. – Administrative regulations are paperwork and administrative formalities – so-called ‘red tape’ – through which governments collect information and intervene in individual economic decisions. They can have substantial impacts on private sector performance. Reform aims at eliminating those no longer needed, streamlining and simplifying those that are needed, and improving the transparency of application”.

³² OECD. *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*. Paris: OECD Publishing, 2000.

É por isso que se pode deduzir que, falando na perspectiva do direito, a figura do *compliance* deve responder melhor à sua visão transversal, que é escalonável e pode ser agregada aos vários ramos de aplicação dessa disciplina, dando exemplo da evolução do próprio direito, em que a sua eficácia – cumprimento, expressa nos mecanismos da sua garantia – se adaptou aos desafios decorrentes dos diferentes modelos de Estado, sociedade ou economia ao longo da história.

Nesse sentido, o cumprimento deve ser considerado de acordo com a sua tipologia e as áreas do direito e respectivas disciplinas de aplicação, sem deixar de ser várias dimensões da mesma figura que garante precisamente o cumprimento do direito, quer por meio da implementação de normas nacionais, políticas de Estado, organismos internacionais, quer com a mediação de pessoas e programas no seio das empresas, pelo que se pode afirmar que o seu cumprimento é definido pelo seu objetivo.

Ao mesmo tempo, a concepção a partir do direito do cumprimento deve observar o modelo normativo em que esse conceito se enquadra, portanto, conseqüentemente, devemos analisar suas fontes de formação e, então, como disciplina especial de desenvolvimento público e privado como área legal, visto que essa construção corresponde à constituição de uma arquitetura jurídica que estabelece o *compliance*.

Porém, como vimos, definir *compliance* não é, porém, tarefa fácil, especialmente, porque, na prática, não se utiliza um conceito único de *compliance*. A literatura internacional tem identificado, pelo menos, três formas principais de utilização do conceito: em primeiro lugar, há aquela, que procura identificar um conceito universalmente válido; há também tentativas de definir o conceito do ponto de vista organizacional, de gestão da empresa e, por fim, *compliance* também costuma ser definido pelas medidas concretas de sua implementação³³.

A palavra *compliance* significa em tradução literal estar em conformidade. Essa simples tradução, porém, esconde uma das maiores dificuldades da

³³ ROTSCH, T. Grundlagen. In: ROTSCH, T. (org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 35-36.

conceituação do termo: trata-se de um conceito relacional³⁴, cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, por meio de uma análise do objeto com o qual se relaciona, dado que, por óbvio, quem está “em conformidade”, está “em conformidade” com “algo”. *Compliance* estabelece uma relação, portanto, entre um “estado de conformidade” e uma determinada “orientação de comportamento”. Se essa “orientação de comportamento” é uma norma jurídica, está-se diante de *compliance* jurídico, cuja designação varia conforme a área do direito, na qual a norma a ser seguida se insere.

Essa reflexão à primeira vista simples procura explicitar alguns dos problemas de sua delimitação conceitual: é necessário definir o significado de (1) “estado de conformidade” e qual é a natureza normativa da (2) “orientação de comportamento”, para que se possa, de forma minimamente plausível, iniciar uma reflexão sobre *compliance criminal*.

(*ad 1*) Já há algum tempo pode-se encontrar na literatura internacional diversas e difundidas críticas à pura e simples definição de *compliance* como estado de conformidade com as leis. Ora, a crítica é relativamente simples: se *compliance* significa apenas estar em conformidade com as leis, o que há de novo? Não temos todos que estar em conformidade com as leis? Por que é necessária toda uma nova área do direito, toda uma nova teoria para tratar do óbvio: que temos de seguir leis? De fato, se *compliance* fosse apenas isso, esta seria uma área do conhecimento fadada ao fracasso.

Conforme já demonstrado por Saavedra alhures³⁵, “estado de conformidade/cumprimento” adquire, na área de *compliance*, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade/cumprimento, ou seja, o “estado de conformidade/cumprimento” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *compliance*.

³⁴ ROTSCH, T. Grundlagen. In: ROTSCH, T. (org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 37.

³⁵ Ver, a esse respeito: SAAVEDRA, G. A. Panorama do *compliance* no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 40.

Portanto, *compliance* é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de comportamento”.

(ad 2) Delimitar a “orientação de comportamento” é a segunda das dificuldades típicas do *compliance*. Essa dificuldade está diretamente ligada àquela de definição da natureza jurídicas das normas a serem seguidas, afinal, o *compliance* refere-se somente a “normas jurídicas”? Se se responde afirmativamente a essa pergunta, a primeira objeção que se poderia apresentar seria: “Qual é, então, a natureza jurídica de um Código de Ética ou de um Código de Conduta?” “Tratam-se aqui de normas jurídicas?” A princípio não, e, mesmo assim, nenhum estudioso ou especialista da área diria que *compliance* não implica seguir essas normas de comportamento.

Nesse sentido, um dos problemas do *compliance* é que ele lida com fenômenos diversos de autorregulação, desde a autorregulação tradicional à chamada “autorregulação regulada”. Tratam-se de normas de orientação de comportamento, que não tem natureza jurídica estrita, mas que passam a ter “relevância jurídica” ou por força de contrato (por meio das conhecidas “cláusulas contratuais de *compliance*”) ou por força de lei (como, por exemplo, a Lei Anticorrupção que atribui explicitamente consequências jurídicas para aquelas empresas que tiverem Códigos de Ética e Códigos de Conduta, ou seja, deixa claro que a existência dessas normas internas passa a ter impacto na forma como será aplicada a pena no caso concreto).

Portanto, *compliance* consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando “garantir” que se mantenha em um estado de *compliance*.

CONCLUSÕES

Em suma, em termos gerais o *compliance* é um constructo teórico-normativo cuja finalidade imediata é obter o cumprimento do que se estabelece do ponto de vista ético, sociológico, político e econômico. Portanto, escolhidos

a análise e os pressupostos para a criação do *compliance* como disciplina especial supradescrita e como instrumento de desenvolvimento promovido em primeiro lugar pelos Estados Unidos, é necessário entendê-lo, por sua vez, a partir da visão do direito – visão generalista –, evidenciada em uma arquitetura fundada tanto na *hard law* quanto na *soft law*, o que lhe permite ser definido como uma disciplina especial relacionada com estruturas organizacionais e programas disciplinares nas empresas. Percebe-se que, dentro da produção doutrinária sobre o assunto, os textos especializados costumam encontrar-se em uma tipologia específica de *compliance* e que o regime jurídico a que se aplica depende do contexto particular de cada país, o que é lógico e racional, com base em que o cumprimento é próprio da lei como categoria conceitual e produto do Estado.

Quanto ao que se expressa em precedência e a dificuldade de definir conceitualmente o que é *compliance* como disciplina autônoma, além de cair no reducionismo de afirmar que é obrigação de cumprir as normas – que é sua visão geral como conceito de emergência e fundamento –, pode-se dizer, a título de conclusão, que se trata de um mecanismo com visão sistêmica, que pode abordar conceitos derivados como *compliance* regulatório, prevenção, conduta ética, programa de *compliance*, cultura ética corporativa, normatização de normas, entre outros, entendê-lo como um conceito funcional e dependente de um processo ligado a uma norma.

Nesse caso, *compliance* é uma função independente, que, por meio de políticas e procedimentos adequados, detecta e gerencia o risco de não cumprimento das obrigações regulatórias, externas e internas, de uma organização. Assim, essa concepção pode ocorrer tanto em organizações públicas quanto privadas, com e sem fins lucrativos, e ser enquadrada em um amplo entorno entre mecanismos de autorreferência, *compliance* regulatório e ética.

Em suma, e como critério pessoal de abstração de *compliance*, e no esforço de tentar categorizá-la como gênero dentro de sua especialidade, *compliance* é uma ferramenta de controle regulatório promovida pelo setor público e que teve amplo desenvolvimento na mecanismos de autorreferência na esfera privada. Além disso, está marcando uma tendência que tem entrado gradativamente nos diversos ordenamentos jurídicos e no reconhecimento e na exigência de programas de *compliance* a determinados setores regulados e, por sua vez, como mecanismos por excelência de prevenção de delitos ilícitos,

o que pode levar ao entendimento como meio de validação que primeiro obedece a razões de legitimidade para, depois, à medida que o caminho de evolução dos sistemas normativos adquire plena validade.

REFERÊNCIAS

ANDREONI, J.; ERARD, B.; FEINSTEIN, J. Tax compliance. *Journal of Economic Literature*, v. 36, n. 2, p. 818-860, 1998.

ÁVILA, S.; BUELNA, M. E.; GUTIÉRREZ, L. El desarrollo de la economía de consumo en el contexto del mundo bipolar de mediados del siglo XX. Una visión retrospectiva. *Análisis Económico*, n. 74, v. 30, p. 145-174, 2015.

CARNELUTTI, F. *Como nasce o direito*. São Paulo: Pillares, 2015.

CAMPOS, M. da S. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCrim, 2010.

COSTA, H. R. L. da; ARAÚJO, M. P. C. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

ENSEÑAT, S. *Manual de Compliance Officer*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FOUCAULT, M. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GALLEGO, J. *Criminal Compliance y proceso penal*. Madrid: Edisofer, 2014.

HANSEN, M. H. *Political Obligation in Ancient Greece and in the Modern World*. København: Det Kongelige Danske Videnskabernes Selskab, 2015.

HELLER, H. *Teoría del Estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2011.

HERMANN, D. H. J. Socrates on Justice and Legal Obligation. *Seton Hall Law Rev.*, v. 11, n. 4, p. 663-678, 1981.

KANT, E. *Crítica da razão prática*. Petrópolis: Vozes, 2016.

KÜHLING, J.; KLAR, M.; SACKMANN, F. *Datenschutzrecht*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018.

KUNREUTHER, H.; WHITE, G.; SLOVIC, P. *Decision processes, rationality, and adjustment to natural hazards*. Portland: University of Oregon Press, 1974.

LEITE, A. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 47-90, 2014.

MARTIN, R. Socrates on Disobedience to Law. *The Review of Metaphysics*, v. 24, n. 1, p. 21-38, 1970.

OECD. *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*. Paris: OECD Publishing, 2000. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/1910833.pdf>.

PIKETTY, T. *Capital e ideologia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ROTSCH, T. Grundlagen. In: ROTSCH, T. (org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

SAAVEDRA, G. A. *Compliance na nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, v. 75, p. 22-30, 2012.

SAAVEDRA, G. A. *Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros*. *Revista de Estudos Criminais*, v. 54, p. 165-180, 2014.

SAAVEDRA, G. A. Panorama do *compliance* no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (org.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SAAVEDRA, G. A.; MENEZES, D. F. N. Proteção de dados na América Latina e os desafios do Covid-19. *Prim@ Facie*, v. 19, p. 285-307, 2020.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, v. 185, p. 1124-1131, 1974.

VELASCO, E.; SAURA, A. *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Navarra: Aranzadi, 2016.

WOZLEY, A. D. *Law and Obedience: the arguments of Plato's Crito*. Londres: Duckworth, 1979.

ZAJONC, R. Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980.

Submissão em: 05.04.2023

Avaliado em: 14.07.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 26.11.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 27.11.2023

