

**AS VANTAGENS ECONÔMICAS E A MINIMIZAÇÃO DOS
CUSTOS DE RESPONSABILIDADE E DE TRANSAÇÃO NA
IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS DE COMPLIANCE NAS
EMPRESAS**

*THE ECONOMIC ADVANTAGES AND THE MINIMIZATION OF LIABILITY AND
TRANSACTION COSTS IN THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE POLICIES IN
COMPANIES*

Matheus Filipe Poletto Cardoso

Bacharel em Direito, pela PUC/PR. Graduando em Ciências Contábeis, pela FIPECAFI/USP.
Advogado. E-mail: matheus.poletto@polettoerizzi.com.br

RESUMO

Pretende-se, por intermédio deste estudo, analisar e avaliar as vantagens econômicas e a diminuição dos custos de transação na aplicação de políticas de *compliance* nas pessoas jurídicas de direito privado. A principal forma de análise será aquela proposta por Ronald Coase em seus artigos *The Problem of Social Cost* e *The Nature of the Firm*, entre outros consagrados autores da Escola de Chicago. Sinalar-se-ão as finalidades e os meios para a implantação dessa política nas empresas, bem como o lucro e o custo advindos dessa aplicação. Afinal, a aplicação das diretrizes formuladas pela Lei Anticorrupção Empresarial, sancionada pelo governo brasileiro, em 2013, por exemplo, é um incentivador de criação de políticas internas para que a firma, como um todo, aja de forma ética e além dos ditames da lei. Será proposta, também, a importância do *compliance officer* como um setor consultivo e que trará lucro às empresas se comparado com a litigiosidade dos eventuais processos judiciais aos quais as companhias podem sofrer. Conclui-se, com base em prescrições da AED, como o ótimo Kaldor-Hicks e a Fórmula de Hand, que os custos despendidos em *compliance* possuem um retorno marginal maior do que o custo.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance. Responsabilidade Civil. Custos de Transação. Análise Econômica do Direito. Função Social.

ABSTRACT

This article aims to analyze and evaluate the economic advantages and the decrease of the transaction costs in the application of compliance policies in companies. The main way of analysis will be that which was proposed by Ronald Coase in his articles *The Problem of Social Cost* and *The Nature Of the Firm*, among others consecrated authors from, mainly, Chicago School. Will be signal the purposes and the means of implementing the compliance policies, as well as the profits and the costs that come from this implementation. Eventually, the application of the Brazilian anticorruption law guidelines, sanctioned by the government in 2013, for example, encourages the creation of internal policies with the intention that the companies act in the ethical way and beyond the dictates of the law. Will be propose the importance of the compliance officer like an advisory sector which will bring profits instead the litigiousness of eventually lawsuits. We have conclude, based on Law and Economics prescriptions, such as the Kaldor-Hicks criterion and the Hand Formula, that the costs incurred in compliance have a marginal return greater than the cost.

KEYWORDS: Compliance. Civil Responsibility. Transaction Costs. Law and Economics. Social Role.

I. INTRODUÇÃO

A Lei no 12.846, de 2013, sancionada pela presidente Dilma Roussef, trouxe à baila na jurisdição brasileira a importância de manter a ética nos negócios empresariais. Tal lei versa 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, 2013).

No entanto, manter políticas de *Compliance* vai muito além de somente agir nos conformes da legislação. Como se demonstrará, vários estudos e casos comprovam as vantagens econômicas experimentadas pelas empresas que estruturaram um projeto *Compliance*.

Uma análise da aplicação, ou não, de tais projetos necessita ser feita sob a ótica da Análise Econômica do Direito, principalmente sobre os temas propostos por Coase. Tal investigação deverá demonstrar as reais e grandes vantagens econômicas auferidas pelas pessoas jurídicas que adotam a política da ética, tanto conforme quanto além da própria legislação, além da ação com Boa-Fé Objetiva, mantendo intacta a função social da empresa e a transparência no trato com os clientes, fornecedores e funcionários.

Ademais, trazer à baila os benefícios do *Compliance* ante a responsabilidade civil da empresa no Brasil atual é tarefa que se demonstrará basilar, haja vista a imperiosa aplicabilidade da Responsabilidade Objetiva defronte a fornecedores de bens ou prestadores de serviço, embasada pela festejada Teoria do Risco da Empresa. Afinal, como é cediço, a finalidade da empresa é obter lucro, e o *Compliance* também deverá

apontar qual será a política de prevenção/precaução mais efetiva e menos custosa, incorrendo na pena de deturpação e fuga do intento primordial da firma.

Nessa senda, será forçosa a análise e o apontamento do que é, efetivamente, Compliance, bem como a Análise Econômica do Direito, Função Social, Custos de Transação, Externalidades e Benefícios Econômicos e Marginais da adoção da política tema deste artigo.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Apesar das múltiplas definições de “empresa” dadas pela doutrina à palavra, não iremos nos ater a essa discussão e adotaremos a clássica definição de “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, por meio de um complexo de bens” (BULGARELLI, 1997, p. 100).

O Estado Democrático de Direito balizado pela Constituição Federal, de 1988, imprimiu a noção de Função Social da Propriedade no sistema jurídico-social brasileiro, entrementes nos artigos 5º, XXIII, e 170, III, da Carta Magna.

Esta função social da propriedade nasce em decorrência da utilização produtiva dos bens de produção, proporcionando crescimento econômico e produção de riquezas na forma de um bem-estar coletivo (SILVA, 2003, p. 281).

Entretanto, apesar de a Função Social da Propriedade ter sido prevista na Constituição Federal, de 1988, a Lei das S/A (Lei no 6.404, de 1976) já previra, em seu artigo 154, a citada função em discussão.

Desta feita, possuindo o empresário o domínio do bem de produção, ele está insito a exercer a função social dessa propriedade, transformando-se, assim, o conceito de Função Social da Propriedade Privada em Função Social da Empresa.

Sobre o tema assinala, ainda, Grau:

O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa. (GRAU, 2008, p. 238).

Apesar do martírio experimentado pela doutrina ao tentar explicar em termos exatos o que significa “função social”, podemos retirar dos ensinamentos de Comparato que ela é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. (PESSOA

apud COMPARATO, p. 2).

Ainda segundo Comparato, para se atingir este fim é necessário incluir a empresa como operadora de um mercado socialmente socializado (PESSOA apud COMPARATO, p. 03)

Ora, para atingir as balizas da função social demandadas pela Constituição Federal, é necessário, portanto, que a empresa opere de forma que garanta mais benfeitorias do que prejuízos à "sociedade".

Há uma única forma de atingir este fim: agir com ética e transparência. Caso contrário, caso haja corrupções intrínsecas ou extrínsecas à empresa, maus-tratos a funcionários, cortinas de ferro em torno das missões, ou, citando Candeloro et. al., não haja um conjunto de regras, padrões e procedimentos éticos e legais, que deverá ser a linha mestra que irá orientar o comportamento da instituição perante o mercado em que atua, bem como a atitude de seus funcionários (CANDELORO, RIZZO, PINHO, 2012, p. 30), não haverá um pleno alcance do cumprimento da função social.

Como se verá, portanto, a melhor forma de ter a certeza de que a função social da empresa está sendo cumprida (o que fará economizar ativos em eventuais litígios judiciais, tanto em face do poder público como de pessoas físicas e jurídicas) é adotando uma boa política de Compliance.

Gallo pontua que o Compliance representa o fundamento sobre o qual pode ser construída uma concreta política de Função Social da Empresa (ou Responsabilidade Social da Empresa); não se pode falar de Companhia Socialmente Responsável quando não se respeitam as normas externas e internas, se não se assumem regras transparentes de governança corporativa, se não se atua de forma ética (GALLO, 2005/2006, p. 23).

Por fim, exemplificando como o Compliance é o fundamento pelo qual se embasa toda a estrutura da Função Social da Empresa, junto com sua responsabilidade, temos a seguinte tabela:



Figura 1.1 – Passos de Desenvolvimento da Responsabilidade Social da Empresa (GALLO, 2005-2006, p. 31).

Didaticamente, então, temos que os quatro passos para que a empresa atinja sua total responsabilidade social e várias das vantagens que a adoção de políticas de *Compliance* pode oferecer, são os seguintes: (a) Passo 1: Adoção do *Compliance*, com vista ao respeito às normas e leis vigentes nos temas de Direito do Consumidor, do Trabalho e Ambiental; (b) Passo 2: Tática de Responsabilidade Corporativa: Adoção de programas filantrópicos; Marketing e melhoramento da reputação; (c) Passo 3: Responsabilidade Corporativa Estratégica, Inovação dos processos produtivos e a responsabilidade social como posicionamento estratégico; (d) Passo 4: *Redesign* da vantagem competitiva, com implantação de assembleias dos vários tipos de *stake holders* e de relacionamento com a cadeia de produção e institucional, bem como com a comunidade local.

Dessarte, de forma ampla, tem-se que a adoção do *Compliance* é o melhor, se não um dos únicos, jeito de atingir uma efetiva e ampla função social, de forma responsável, sustentável e menos custosa.

3. COMPLIANCE

Apesar de haver diversos normativos legais e administrativos¹ determinando o tipo de conduta que as empresas deverão ter, *Compliance* vai muito além do simples enquadramento nas normas.

Existem várias normas, principalmente nos Estados Unidos da América, que tentam premeditar quais são premissas do *Compliance*. Por exemplo, uma das listas mais primitivas a tratar sobre o tema nos Estados Unidos, o *Bank Secrecy Act* de 1970, aponta os requisitos mínimos para uma política efetiva antilavagem de dinheiro, quais sejam: (a) o desenvolvimento de políticas, procedimentos e controles internos à companhia; (b) a designação de um *Compliance officer*; (c) um programa contínuo de treinamento de funcionários; e (d) uma auditoria independente para testar os programas implantados. Também conhecido como os quatro pilares do *Compliance*. (Miller, 2014, p. 5)

Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro, *Compliance* é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa. (RIBEIRO, DINIZ, 2015, p. 2)

Ainda é imperioso pontuarmos o magistério de Luca Gallo acerca da importância da adoção dessas políticas:

Mais do que mudar em tempo hábil, existe a necessidade de perceber em tempo real o que acontece em nosso entorno,

¹ Por Exemplo: Circulares n. 3.461 e 3.462, de 24 de julho de 2009, do Bacen, dentre outras; Normas da CVM, da Previc, Susep, e as próprias Leis n.ºs 9.613, de 1998, e 12.846, de 2013.

para que se possa reagir antes que o perigo se manifeste. É necessário definir um modelo que traga com si a segurança, a transparência como elemento estrutural da empresa, e não mais ficar apenas no que é imposto pelo legislador. - Tradução nossa. (GALLO, 2006, p. 06)

Assim, qualquer empresa prevenida com políticas de Compliance sofrerá muito menos na hora de ser multada pelo governo, em ações judiciais, além da prevenção dos danos de imagem.

Danos de imagem ou reputação foram tratados no artigo do Bank For International Settlements, acerca do Compliance:

Um banco deve manter, ao realizar negócios, padrões elevados e sempre se esforçar para observar o sentido e a letra da Lei. Falhar em considerar o impacto de suas ações em seus acionistas, clientes, empregados e Mercado pode resultar em significativa publicidade negativa e danos à reputação, mesmo que não haja nenhuma violação expressa da Lei. (tradução-nossa).²

Como é sabido, é melhor prevenir do que remediar, e nessa senda pode-se dizer que o remédio são os ativos da sociedade, e a prevenção é a adoção do projeto de Compliance.

Todavia, sendo o fim da empresa angariar lucro, os incentivos e ganhos pela aplicação dessa política deve ser efetiva. Nenhuma empresa o aplicaria se não trouxesse efetividade nos resultados. Segundo Miller,

Muitos sistemas regulatórios exigem que as organizações implementem programas de Compliance – seja como um requisito regulatório direto ou como um meio econômico de evitar ou mitigar penalidades por violações. Para receber crédito regulatório, tais programas devem ser “efetivos” – significando, geralmente, que eles devem ser razoavelmente planejados e administrados vigorosamente de forma a deter e sancionar violações das normas aplicáveis. (tradução-nossa) (MILLER, 2014, p. 2)

Ver: Compliance and the compliance function in banks. <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>.

Não obstante, quando a empresa adapta seu dia a dia conforme a Lei (CLT, CTN, Lei Anticorrupção etc.), as chances de ter de pagar por problemas e suas resoluções no futuro são, obviamente, muito menores.

O Compliance, ainda, será responsável pelo controle dos riscos legais ou regulatórios e de reputação (RIBEIRO, DINIZ, 2015, p. 2).

Essa política deverá fazer com que a empresa cumpra, além das leis e regulações, como já dito, evitar quaisquer condutas que não sejam éticas, como exemplificam Candeloro e Rizzo:

[...] obter transparência na condução dos negócios; “salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes”; evitar o conflito de interesse entre os diversos atores da instituição; “evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada”; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de Compliance (RIBEIRO, DINIZ, apud CANDELORO et. Al., 2015, p. 4).

Não é o intuito deste artigo o exaurimento do tema que versa sobre formas e aplicação de políticas de Compliance. Este breve trecho limita-se, portanto, a exemplificar de modo que seja inteligível o que é, efetivamente, o Compliance, que vem do termo inglês *to comply*.

Entendemos, por fim, ser o Compliance a adoção de normas internas, legais e extralegis, que deverão ser estritamente seguidas por todos os stakeholders da empresa, bem como a inclusão desses valores em seus programas de treinamento e a transparência para que o mercado veja a empresa como eticamente sacra.

Veremos que as vantagens dessa adoção vão além da parte financeira principal da empresa, como também alcançam a parte publicitária, dando à empresa moral e confiança, o que atrairá clientes e melhorará a reputação de todos à sua volta.

Até mesmo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pontua os benefícios do programa de Compliance: (a) Prevenção de riscos; (b) Identificação antecipada de problemas; (c) reconhecimento de ilicitudes em outras organizações; (d) benefício reputacional; (e) conscientização de funcionários; (f) redução de custos e contingências;

Podemos citar, ainda, a diminuição dos custos de transação, quais sejam, em síntese, custos para análise e execuções contratuais, visto que a confiança gerada à empresa, na visão dos fornecedores e clientes, aumentará a confiança.

É mister o entendimento de Medina Osório ao dizer que

Um programa de probidade empresarial efetivo, com controles internos eficientes – de obediência às regras intra e extra institucionais – irradiará seus efeitos para além da sua

personalidade jurídica e de fato, alcançando a sua cadeia de fornecimento, seus clientes, a sociedade e o mercado, correspondendo, em última análise, a um mecanismo importante de prevenção (OSÓRIO, 2017).

Hodiernamente, portanto, é forçosa, para uma empresa que quer expandir e fixar-se no mercado, a adoção das políticas objeto deste artigo.

4. COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes de dar continuidade à questão do Compliance é imperioso o entendimento do conceito de Análise Econômica do Direito.

Análise Econômica do Direito é uma matéria multidisciplinar que aplica ao Direito os conceitos da Economia. Segundo Gico Jr.,

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico (GICO JR., 2010, p. 13).

Seus principais precursores são Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi, entre outros.

A Análise Econômica do Direito (AED), como também é chamada, parte do pressuposto, correto a nosso ver, de que vivemos numa sociedade que possui recursos escassos e agentes racionais, ou seja, não há a criação de recursos, apenas a sua realocação (também fazendo frente à famosa teoria de Lavoisier), e os agentes racionais tomarão a escolha que mais beneficiem seu próprio bem-estar.

Ainda sobre “agentes racionais”, Maristrello ensina que

Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o

passado (uma vez que este não pode ser modificado).
(PORTO, GRAÇA, 2013, p. 12).

A Análise Econômica do Direito pode ser estudada por duas perspectivas: (a) positiva, ou, o “ser”; e (b) normativa, o “dever-ser”.

Cumpra acrescentar que a Análise Econômica do Direito é, ainda, por algum motivo, pouco difundida na academia brasileira. Deve-se, para aplicá-la, deixar de lado o imperativo categórico de Kant e focar no Particularismo Moral de Jonathan Dancy³.

Existem até mesmo métodos utilizados pela Análise Econômica do Direito para sopesar qual a melhor escolha em determinada situação. Sendo uma decisão sempre um conflito de interesses, entre fazer, ou não fazer algo; aplicar, ou não, uma lei; ou ir, ou não ir, a algum lugar, deve-se avaliar qual o custo, o bem-estar proporcionado e as externalidades proporcionadas por decisões.

Vilfredo Pareto, cientista político italiano, criou um método de sopesamento para facilitar a tomada de decisão do player.

Em uma rápida introdução, pode-se dizer que o ótimo de Pareto enuncia que o bem-estar máximo de uma sociedade é alcançado quando não existir outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar de outro (GARCIA, 1996, p. 13).

Desta feita, o ótimo de Pareto é uma utopia na qual o bem-estar social está num limite máximo, sendo impossível que trocas beneficiem um indivíduo sem dar prejuízo a outro, levando em consideração que para esse bem-estar máximo, cada bem tem de estar nas mãos do indivíduo que mais o valoriza, sendo, portanto, inviável a realização de novas tradições.

Como a aplicação do ótimo de Pareto é quase que utópica, o critério Kaldor-Hicks é muito mais palpável no caso em questão. Segundo Rodrigues,

O critério de Kaldor-Hicks, que a Análise Econômica do Direito em geral utiliza, é menos exigente. De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes econômicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados (RODRIGUES, 2007, p. 26-27).

³O imperativo categórico de Kant nos diz que existem normas universais de moralidade que devem sempre ser utilizadas na resolução de um conflito interno. O Particularismo Moral nos diz que não devemos aceitar princípios universais morais e, sim, analisar qual será a melhor decisão a ser tomada a partir de um caso concreto. Se levarmos em consideração que a correta decisão é aquela dirigida por um valor universal, não se poderia utilizar a AED visto que a palavra final já haveria sido dada.

Também se pode definir a eficiência de Kaldor-Hicks quando o produto da vitória de A excede os prejuízos de B (TIMM, 2014, p. 353).

Trazendo esta explicação ao caso em discussão, temos que: suponha-se que o player está em dúvida entre a adoção, ou não, de políticas de Compliance em sua empresa. A aplicação dessas políticas irá consumir uma quantidade X de dinheiro. Se o pensamento do agente for unicamente o imediato retorno do investimento, ele provavelmente não irá fazer a adoção.

Entretanto, se este agente utilizar a Análise Econômica do Direito para sopesar a decisão a ser tomada, irá concluir que a adoção irá custar X, mas irá aumentar o bem-estar de todos os stakeholders, o bem-estar da sociedade ao redor da empresa (externalidade positiva), irá obter um lucro marginal, economizando, ao final, mais do que foi gasto.

Segundo Marcia Carla, Arnold Shilder (apud COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5) realizou um estudo acerca do valor comercial do Compliance e concluiu que US\$ 1,00 gasto com a implantação equivale a uma economia de US\$ 5,00, "referente a custos com processos legais, danos de reputação e perda de produtividade" (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 8).

Outro instituto que irá determinar instigações à adoção de políticas de Compliance é a responsabilização objetiva⁴ das empresas, tão adotada em nosso ordenamento jurídico.

Várias legislações brasileiras determinam a aplicação desse instituto. A título de exemplificação, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, de 2002, traz à baila essa hipótese, bem como o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O juiz norte-americano Traynor (Escola x Coca-Cola) sintetiza bem o assunto quando diz que,

Mesmo que não haja culpa, a política pública exige que a responsabilidade seja fixada onde quer que ela reduza com maior eficácia os riscos para a vida e a saúde inerentes a produtos defeituosos que cheguem no mercado.

A adoção da política objeto deste artigo, além de tudo, serve para prevenir, quantificar e diminuir eventuais custos em casos de responsabilidade civil das empresas.

Assim, é importante que a empresa adote mecanismos de diminuição de riscos, até certo ponto, como se verá, em sua estratégia laboral diária. Em outras palavras, o Compliance é de grande valia em adoção das políticas de precaução. O Compliance Officer poderá avaliar qual o ponto ótimo entre gastos com políticas preventivas e indenizações por responsabilidade civil, por exemplo.

⁴Aquela na qual a responsabilidade independe de culpa.

Melhor explicando, o juiz, também norte-americano, Learned Hand criou, no caso United States x Carrol Trowing, a fórmula de Hand, na qual se observa que o nível de precaução em seu ponto ótimo deve ser o mesmo que a magnitude do acidente, e se ele ocorrer, multiplicado pela probabilidade da ocorrência. (PORTO, 2013, p. 64)

Entretantes, observa-se que se o custo da empresa com a precaução for maior do que o custo da magnitude do problema multiplicado pela probabilidade da ocorrência é um investimento inviável⁵. Desta feita, o Compliance ainda indicará à empresa qual é este ponto.

O Compliance Officer pode se utilizar, também, da Fórmula do Custo Social – na hipótese em que não se verifica a culpa, ou não, da empresa e daquele que sofreu o dano – para prever o montante máximo a ser gasto em políticas preventivas dentro das missões da empresa. O gráfico utilizado por Maristrello exemplifica em imagens o que foi dito acima:

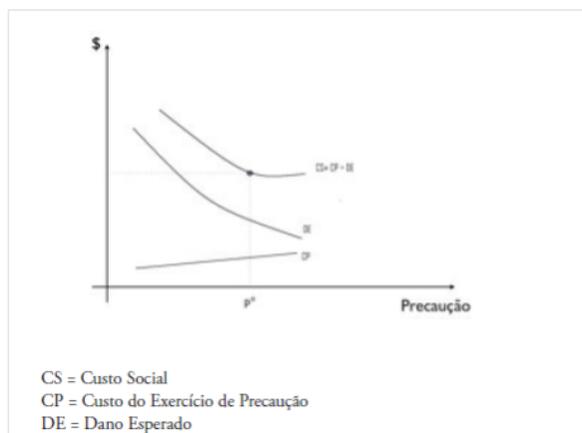


Figura 1.2 – Gráfico do Custo Social (PORTO, 2013, p. 64)

Importante ressaltar que os custos e ganhos variantes desta fórmula, normalmente, ou são marginais ou pela diminuição dos Transaction Costs, assim como grande parte dos ganhos com a aplicação do Compliance.

Dessarte, além dos ganhos já citados pela adoção do Compliance, o maior lucro a advir desta política é outro: a diminuição dos custos de transação, como será visto no próximo tópico.

⁵Ver: COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Ora, mas não seria a valoração dos danos causados pela a empresa, em face de terceiros, contrária à política do Compliance? Entende-se que não.

Primeiro, como já dito, o princípio primordial da empresa é ter lucro, assim, a política de Compliance só será adotada – e efetiva – caso aumente e diminua os custos. Assim, determinar o valor máximo a ser gasto em políticas preventivas também deve fazer parte da política de Compliance, ou seja, a colocar a empresa dentro e além dos ditames da lei, de forma que isso não traga prejuízo econômico, pelo contrário, traga benefícios. Esta é a verdadeira efetividade do Compliance.

A Responsabilidade Civil Objetiva, tão embasada pela teoria do risco na academia jurídica brasileira, serve como incentivo à adoção de políticas que previnam e protejam a empresa de eventuais danos patrimoniais em decorrência de algum caso fortuito – no sentido de que não foi prevista pela gerência – que venha a ocorrer.

Sobre o tema, é inconcebível não lembrar acerca da hipótese apresentada por Guido Calabresi. O autor apresentou, em 1970, um texto inicialmente publicado no *Jornal da Universidade de Yale* intitulado *The Cost of Accidents*.

Nas palavras de Balbinotto Neto, para Calabresi, os custos dos acidentes seriam minimizados se a parte que poderia ter evitado o acidente ao menor custo fosse responsabilizada pelas perdas decorrentes (CHACUR apud BALBINOTTO NETO, 2013, p. 9).

Assim, para fins de minimização de perdas e aumento de lucratividade, uma das razões de ser da aplicação de políticas de Compliance, é necessário incluir nela as políticas de precaução.

Temos exemplos do dano causado à empresa pela falta de estruturação necessária, nessa seara, na própria jurisprudência brasileira. Trata-se de caso em que um homem deficiente visual caiu em um bueiro aberto que passava por reparos pela companhia de esgotos da cidade. A desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, relatora do Recurso de Apelação Cível nº 70030093868, disse em seu julgado:

Assim, irrefutável a responsabilidade da parte demandada na manutenção da via em condições de tráfego também para os pedestres. A inobservância deste dever, caracterizada nos autos pela prova carreada, a demonstrar a negligência com que isolado o bueiro, acabara comprometendo a segurança dos transeuntes, ocasionando o dano que deve ser ressarcido. A segurança do local poderia ter sido feita através de isolamento com tela de proteção a impedir completamente o acesso, o que afastaria o risco de queda daqueles que por ali transitam. O fato é que a forma como foi colocado o cavalete – se é que colocado – em nada contribuiu para evitar o acidente. Por tudo que foi exposto, reputo configurada a culpa do DMAE no evento danoso, na modalidade de negligência, já que deixou de tomar as medidas adequadas para vedar de forma segura a caixa de esgoto em manutenção na via pública, abrindo margem ao acidente que vitimou o demandante. (Grifo Nosso)

Percebe-se a falta de política de precaução da empresa, no caso, comparando-se o seguinte: o custo do acidente (o quantum indenizatório arbitrado) é demasiadamente maior que o custo de se colocar medidas de proteção efetivas no local – além de um simples cavalete.

Aliás, isso foi dito por Miller em sua obra *An Economic Analysis of Effective Compliance Programs*:

Um programa de Compliance eficaz é o conjunto de políticas e procedimentos que uma empresa racional e maximizadora de lucros estabeleceria se enfrentasse uma sanção esperada igual ao custo social das violações. (tradução nossa) (MILLER, 2014, p. 12)

Em outra Decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou a SABESP ao pagamento de indenização à mãe de dois filhos que se afogaram em rio cujo ponto era próximo a um ponto de captação de água pela empresa (MARISTRELLO, 2013, p. 70). O desembargador relator afirmou que

O local dos fatos, como apontado pela ré, é perigoso e não deve ser utilizado por terceiros para nenhum fim, tanto que na época havia placas com os dizeres PERIGO DE MORTE. CANAL PROFUNDO E FORTES CORRENTEZAS. PROIBIDO PRATICAR ESPORTE MOTORIZADO. PRESERVE SUA VIDA E O MEIO-AMBIENTE. Em verdade, cabia a SABESP impedir o acesso à área do acidente pelos moradores da região ou por qualquer pessoa. Tanto é verdade que após o infortúnio contratou um funcionário para fiscalizar a área ininterruptamente. Ora, a necessidade de maior vigilância resulta até mesmo da própria dinâmica da narrativa do local e dos fatos pela requerida em sua contestação. Se ela própria reconhece a periculosidade natural do lugar não poderia ficar na tranqüilidade de apenas duas placas com dizeres incisivos, mas não totalmente explicativos. Não necessitava aguardar o trágico evento para, só depois, adotar as medidas necessárias” (MARISTRELLO apud FRINGINI, 2013, p. 70)

Destes julgados depreende-se a importância de uma efetiva política de Compliance que englobe, além de tudo, políticas de prevenção – danos que podem ser previstos – e de precaução – danos imprevisíveis.

Ora, caso as empresas citadas tivessem gasto um pouco a mais em prevenção (pois os danos causados não eram tão imprevisíveis), as indenizações fixadas, que são de

monta muito maior, não precisariam ser pagas.

Assim, com o Compliance, pode-se dizer, que se gasta pouco para depois não precisar gastar muito, relativamente.

Entretanto, essas políticas preventivas irão atuar na prevenção dos riscos de responsabilização da empresa por condutas ilícitas, preservando a sua longevidade e minimizando e até remindo penalidades e danos reputacionais (OSÓRIO, 2017).

Por conseguinte, tem-se que economicamente é mais viável investir na estruturação das políticas de Compliance, que irão trazer lucros (apesar de marginais na maioria das vezes) do que esperar para remediar.

Assim, temos que, na responsabilidade civil, o programa de Compliance deverá demonstrar a monta investida em políticas de precaução/prevenção, o que irá proteger a companhia de qualquer infortúnio, por um custo menor.

Na responsabilidade criminal e administrativa, a identificação antecipada de problemas, que é trazido pelo programa, irá otimizar o tempo de resposta da empresa às autoridades, diminuindo, assim, eventuais multas e sanções, bem como majorando as chances de assinaturas de TACs, acordos de leniência, entre outros, com custos muito menores caso o problema fosse identificado mais tardar.

Em suma, a redução de custos e contingências se aplica a todas as esferas da responsabilidade da empresa:

A adoção de um programa de Compliance pode evitar que as empresas incorram em custos e contingências com investigações, multas, publicidade negativa, interrupção das atividades, inexecutabilidade dos contratos ou cláusulas ilegais, indenizações, impedimento de acesso a recursos públicos ou de participação em licitações públicas, etc. Além de despesas judiciais e administrativas, investigações requerem a alocação de recursos humanos e financeiros que de outra forma seriam empregados na atividade-fim da empresa. Ademais, adicionalmente ao processo administrativo, as empresas podem ter que responder civil e criminalmente pela infração cometida.

Danos à sua reputação podem ser sentidos antes mesmo do desfecho do processo, somente por estarem sob investigação, refletindo-se em perda de clientes, oportunidades de negócios, investimentos, valor de mercado, etc. (CADE, 2016, p. 13-14)

Há ainda, como já dito, os lucros advindos da boa imagem de empresa responsável e benefício reputacional, o que irá, além de trazer benefícios financeiros, diminuir os custos de transação, matéria do próximo tópico.

5. COMPLIANCE E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Custo de Transação é uma teoria formulada por pensadores da Análise Econômica do Direito que diz que existem custos nas relações de mercado e que estes influenciam na interação entre os agentes e nas condições de negociação, ou seja, no preço (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 105).

Para isso, Ronald Coase criou um estudo chamado A Natureza de Firma. Neste estudo ele diz, em síntese, que as empresas se organizam em forma de firmas justamente para diminuir os custos de transação.

Significa dizer que, segundo o autor, as firmas têm o objetivo de diminuir os custos de transação incorporados por terceiros nos custos da atividade econômica. Internalizar tarefas, portanto, diminui os custos de transação.

Os custos de transação são compostos pelos custos ex-ante de preparar, negociar e salvar um acordo. Fundamental ressaltar o elevado custo das informações e os diferentes níveis para acessá-la. Já os custos ex-post se referem aos ajustamentos, adaptações e monitoramentos resultantes da execução de um contrato, quando afetado por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas (BERNARDES, et al., 2016, p. 65).

Exemplificando: suponhamos que o sujeito A seja sócio fundador de uma empresa de sapatos. É mais barato para ele internalizar o funcionário que modela o couro, o que cola a sola do sapato no couro, o que beneficia o tecido etc., do que fazer um contrato diferente com cada pessoa especializada em cada um dos processos de produção da fábrica.

Suponhamos, ainda, que o sujeito A pague R\$ 1,00 (um real) para par de sapatos modelado ao funcionário interno e que pagaria, também, R\$ 1,00 (um real) para par de sapatos modelado por uma empresa especializada nisso. Apesar de não parecer, o custo para internalizar o serviço é mais barato.

Caso o sujeito A resolvesse contratar a empresa, além dos custos pagos por sapato, agregar-se-ia ao custo, também, os custos de transação. Haveria um custo para a elaboração do contrato, para a fiscalização do cumprimento do contrato, para a execução do contrato.

É didática a explanação de Sztajn:

"Quem quer oferecer bens ou serviços no mercado, de forma eficiente e lucrativa, pode escolher entre organizar a empresa, isto é, organizar a produção, criar vínculos mais ou menos duradouros entre trabalhadores e fornecedores de matérias-primas e recursos ou recorrer pontualmente ao mercado quando houver necessidades de adquirir matérias-primas, contratar mão-de-

obra ou qualquer dos outros fatores de produção. Essa segunda alternativa é mais arriscada do que a primeira, uma vez que não garante estabilidade nem regularidade de obtenção, para satisfazer às necessidades da produção, de qualquer dos fatores produtivos no mercado. Por isso, a doutrina econômica parte da produção, que se desenvolve ao longo do tempo, pode variar e resulta do trabalho de organização do empresário" (SZTAJN, 2004, p. 188).

Entretanto, é praticamente impossível a empresa internalizar absolutamente toda a cadeia produtiva, o que torna imprescindível a relação contratual com fornecedores e, obviamente, a relação contratual com os clientes.

Os custos de transação serão de monta inversamente proporcional à confiança que os agentes possuem pela empresa. Segundo Bernardes et. al., a Economia de Custos de Transação (ECT) pressupõe que no processo de contratação mercantil, os agentes possuem racionalidade limitada e tendem a ser oportunistas (BERNARDES et al., 2016, p. 63).

Também são importantes na definição de um contrato (o que determinará seus custos de transação), atributos das transações, especificidade dos ativos, frequência das transações e incerteza (WILLIAMSON apud BERNARDES et. al., 2016, p.63).

Assim sendo, volta-se a dizer, a confiança está ínsita aos custos de transação. Vários estudos comprovam essa relação⁶.

A confiança precede a adoção de políticas de cooperação entre os agentes contratantes, o que minora os custos transacionais, portanto.

Significa dizer que se a empresa A tiver certeza da idoneidade da empresa B, e tiver certeza de que a transação será realizada, os custos ex-ante e, principalmente, os custos ex-post serão drasticamente reduzidos, visto a desnecessidade de ajustes e monitoramento do cumprimento contratual.

O Compliance, portanto, como instrumento de ações empresariais de forma ética, transparente e nos conformes da legislação e normas internas, gera confiança à empresa por parte do mercado e, conseqüentemente, dos agentes com quem se relaciona.

Pesquisa da International Finance Corporation comprovou que os investidores são mais dispostos a pagar mais por ações de empresas com boas práticas de governança:

⁶ Ver: LAZZARINI, Sergio G., MANDALOZZO, R.; ARTES, R.; OLIVEIRA SIQUEIRA, J. Measuring trust: An experiment in Brazil. Brazilian Journal of Applied Economics, v. 9, n. 2, p. 153-169, 2005; CUNHA, C. R.; MELO, M. C. O. L. A confiança nos relacionamentos interorganizacionais: o campo da biotecnologia em análise. Revista de Administração de Empresas-eletrônica, v. 5, n. 2, 2006; ZANINI, M. T. F.; MIGUELES, C. P. O papel mediador entre confiança e desempenho organizacional. Revista de Administração, v. 49, n. 1, 45-58, 2014, janeiro/fevereiro/março.



Figura 1.3. – Revista Época

Assim, temos que o maior agente diminuidor dos custos de transação, após a internalização das relações contratuais, é a confiança.

Por conseguinte, temos que o maior gerador de confiança é o notório conhecimento público da qualidade da governança de uma empresa, o que implica dizer, principalmente, a qualidade da política de Compliance.

Desta feita, percebe-se que os custos investidos em estruturação de projetos de Compliance irão ter um retorno financeiro alto pela diminuição dos custos de transação.

Compliance aumenta a confiança, e a confiança diminui os custos de transação, portanto.

Os ganhos advindos dessas práticas às empresas serão maiores, por conseguinte, do que os custos, ao se somarem os benefícios auferidos em matéria de responsabilidade civil, criminal e administrativa e a diminuição dos custos de transação.

6. CONCLUSÃO

Segundo Roberta Nioac e Angela Donaggio,

Várias são as razões pelas quais se entende conveniente formar uma sociedade, dentre as quais destacamos: (i) agregar capital;

Gráfico disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Publicidade/Petrobras/noticia/2017/06/gestao-de-risco-e-compliance-fazem-diferenca.html>. Acesso em: 28 fev. 2018.

(ii) agregar trabalho especializado; (iii) agregar etapas da cadeia de produção. Lembrando que todas essas razões têm sempre por finalidade “internalizar relações contratuais” (PRADO, et al., 2011, p. 27).

Ora, se uma das razões de ser da empresa em forma de firma é a “internalização de relações contratuais”, o que tem o óbvio intuito superior de reduzir custos de transação, por que não seria o Compliance uma das espinhas dorsais de toda companhia?

Se a intenção é diminuir custos, como visto neste artigo, a implantação do programa poderá materializar a pretensão.

Obviamente, antes de investir em Compliance, a depender do tamanho da empresa, deve-se efetivar um estudo de custos da implantação e lucro que podem dela advir. O que torna essa tarefa árdua são a própria precaução e a necessidade de prever danos imprevisíveis.

Entretanto, em grande parte das vezes, o Compliance será uma ótima solução para diminuir os custos de transação, principalmente com o aumento da confiança e melhora reputacional da empresa no mercado, bem como a diminuição dos custos de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Um bom programa de Compliance, por fim, para ser efetivo e vantajoso, deverá fazer tudo o que for necessário para que a empresa aja nos ditames legais e supral legais; entretanto, determinando o montante ótimo a ser gasto em cada uma das estratégias, sob pena de inutilização do instituto.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Patrícia. Et Al. Confiança e Custos de Transação em Uma Grande Organização do Ramo de Construção Pesada. **RAGC**, v. 4, n. 17, p. 62-74. Belo Horizonte: 2016.

BRASIL. Lei Ordinária n. 12.846, de 1º de agosto de 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. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CADE. Guia para Programas de Compliance. 2016. Brasília/DF. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-Compliance-versao-oficial.pdf/view. Acesso em: 26 fev. 2018.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CHACUR, Demetrius Ferreira. Guido Calabresi: **Princípio da Precaução Aplicado à Responsabilidade Civil Ambiental**. Belo Horizonte: PUC/Minas. V Congresso Anual da AMDE, 2013.

GALLO, Luca. Compliance, Funzione che Aggiunge Valore. Tesi di Laurea in Economia e gestione delle imprese. Roma: Università Degli Studi Roma Tre, 2005-2006.

GARCIA, Fernando. Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, n. 1, p. 7-33, Ed. Jan/Jun. 2010. Brasília: ABDE, Editora Universa.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MILLER, Geoffrey P. An Economic Analysis of Effective Compliance Programs. New York University Law and Economics Working Papers. 2014. Paper 396.

OSÓRIO, Fábio Medina. Empresas de Construção Civil Devem Mudar suas Práticas para Termos um Ambiente Mais Solidário e Justo. **Revista Veja**, 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/cidades-sem-fronteiras/fabio-medina-osorio-8220-empresas-de-construcao-civil-devem-mudar-suas-praticas-para-termos-um-ambiente-mais-solidario-e-justo-8221/>. Visto em: fev. 2018.

PESSOA, Mariana Alves apud COMPARATO, Fábio Konder. **A Função Social da Empresa Como Princípio do Direito Civil Constitucional**. Santa Catarina: UFSC. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8908-8907-1-PB.pdf>> . Acesso em: 19 jan. 2018.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2013.

PRADO, Roberta Nioac, et Al. **Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório**. 2ª Ed. São Paulo: SARAIVA, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52. Número 205. Ed. jan./mar. 2015. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Recebido em: 16/09/2020

Aprovado em: 13/01/2020