

MODELOS REGULATÓRIOS E COMPLIANCE: A INFLUÊNCIA DAS AÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS PARA A FORMAÇÃO DA CULTURA DE CONFORMIDADE

Grace Ladeira Garbaccio*

Maria Matilde da Costa Lavouras Francisco**

João Henrique de Almeida Scaff***

RECEBIDO EM:	29.12.2023
APROVADO EM:	12.3.2024

- * Doutora em Direito com Pós-Doutorado na Université de Paris e Université de Nice. Mestre em Direito pela Université de Limoges. Professora, profissional da área de Sustentabilidade/Gestão Ambiental, Jurídica, Governança Corporativa, Compliance e Comunicação. *E-mail:* grace.garbaccio@idp.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0658-9472>
- ** Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito. Licenciada e mestre em Direito na área de especialização de Ciências Jurídico-Econômicas pela mesma universidade. Professora e advogada. *E-mail:* mlavouras@fd.uc.pt. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6447-5214>
- *** Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito e Processo Penal pela mesma universidade. Advogado. *E-mail:* jh_scaff@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1386-2297>



- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

- **RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar algumas estratégias regulatórias no contexto brasileiro, verificando o seu impacto nas organizações empresariais, em especial no departamento de *compliance* e, principalmente, na formação da cultura empresarial fundamentada na conformidade, com ênfase na efetividade do programa. Foi constatado que formas de intervenção na economia pelo Estado, sobretudo a sua atuação mediante as ações das agências regulatórias, afetam as condições estruturais das empresas, o que inclui o *compliance*. Embora esse debate seja incipiente, foi possível constatar a importância do modelo de regulação responsiva e a sua comunicação com a governança corporativa (de forma ampla). Dessa forma, esse modelo regulatório se projetou como o mais adequado para afastar a cultura de resistência regulatória, fomentando a adoção pelas empresas de mecanismos que buscam a efetividade da cultura de integridade. O presente artigo foi escrito com base no estudo da legislação, utilizando metodologia dedutiva e pesquisa em referencial bibliográfico nacional e estrangeiro.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Modelos regulatórios; resistência regulatória; cultura empresarial. *compliance*; efetividade.

REGULATORY MODELS AND COMPLIANCE: THE INFLUENCE OF THE COMMISSION'S REGULATION ACTIONS FOR THE DEVELOPMENT OF A CULTURE OF COMPLIANCE

- **ABSTRACT:** This article aims to analyze some regulatory strategies in the Brazilian context, verifying their impact on business organizations, especially in the compliance department and, mainly, in the formation of a business culture based on compliance, with an emphasis on the effectiveness of the program. It was found that forms of intervention in the economy by the State, in particular, its action through the actions of regulatory agencies, affect the structural conditions of companies, which includes compliance. Although this debate is incipient, it was possible to verify the importance of the responsive regulation model and its communication with corporate governance (in a broad sense). In this way, this regulatory model was projected as the most appropriate to eliminate the culture of regulatory resistance, encouraging the adoption by companies of mechanisms that seek the effectiveness of the culture of integrity. The work is



carried out based on the study of legislation, using deductive methodology and research into national and foreign bibliographic references.

- **KEYWORDS:** Regulatory models; regulatory resistance; business culture; compliance. effectiveness.

1. Introdução

O Estado interfere na atividade econômica por intermédio de diversas ações¹. No entanto, a seguir, podemos destacar as três principais:

- (i) *Atuação direta*, que ocorre por meio da exploração das atividades econômicas ou mediante a prestação de serviços públicos;
- (ii) *Fomento*, que estimula o desenvolvimento da iniciativa privada em certas atividades econômicas;
- (iii) *Disciplina*, que é realizada mediante a edição de leis e atos normativos, bem como pelo exercício do poder de polícia (Barroso, 2004).

É dentro da disciplina que estão inseridas as agências regulatórias independentes, as quais são conceituadas como autarquias de regime especial, pertencentes à Administração Pública indireta, atreladas a um regime que almeja conferir maior autonomia (administrativa e financeira) perante o Poder Executivo (administração direta), sujeitas ao “regime geral” do Decreto-Lei n. 200/1967, possuindo competência para regulação setorial.

A notoriedade das agências regulatórias surge diante de um Estado sobrecarregado, sem recursos e pós-regime civil-militar, que, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, fornece um ambiente propício para uma operação de desestatização do Estado brasileiro, visando, entre outras questões, sanar as crises e instabilidades das contas públicas (Teles; Dias, 2022).

As operações de desestatização transformam o papel do Estado, uma vez que este deixa de executar os serviços e passa, de forma mais intensa, a regulamentar e fiscalizar

1 Desde a síntese musgraviana, são apontadas aos Estados três funções principais: (i) função de alocação de recursos; (b) função de estabilização da economia; e (c) função de redistribuição. Atualmente, há quem autonomize uma quarta função: a função de proteção ambiental. Em nossa opinião, esta carece de autonomia, sendo antes transversal a funções musgravianas acatadas de referir (Musgrave, 1959).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

as empresas concessionárias de serviços e funções públicas. Diante desse cenário, as agências reguladoras (autarquias sob regime especial) se tornam entidades fundamentais.

Ocorre que atualmente há diversos métodos regulatórios que podem ser adotados pelas agências reguladoras, os quais resultaram em efeitos distintos nas organizações empresariais. Esse fato, somado ao discurso crescente de combate à corrupção, que fomenta a criação de setores de *compliance* nas organizações empresariais, ressalta a importância deste estudo, em especial na análise do comportamento do setor de conformidade perante as ações praticadas pelas agências reguladoras.

Perante esses fatos, o artigo busca analisar as estratégias regulatórias no contexto brasileiro, verificando seu impacto nas organizações empresariais reguladas, sobretudo no departamento de *compliance* e, principalmente, na formação da cultura empresarial inspirada na conformidade, com ênfase na efetividade do programa. Ao final, busca-se apontar, considerando as disposições do ordenamento jurídico, bem como as estratégias regulatórias, qual seria o modelo regulatório mais apto a promover a cultura empresarial de conformidade forte e sadia, que resultará em um benefício competitivo consistente na criação de valor a longo prazo.

Diante desse contexto, optou-se pelo uso do método qualitativo com conteúdo descritivo, buscando realizar as interpretações possíveis do objeto em análise. Para tanto, partiu-se do conhecimento geral sobre os modelos regulatórios para argumentos específicos sobre o tema, utilizando, para isso, o método dedutivo. Dessa forma, destacou-se a base da pesquisa teórica diante da revisão do referencial bibliográfico disponível, sem deixar de ignorar a legislação pertinente para, ao final, alcançar as considerações finais expostas neste artigo.

2. Das estratégias regulatórias e do modelo regulatório da responsabilização responsiva

Importante esclarecer que o desafio da regulamentação não surge por um capricho, mas ante a constatação de que “os atores privados tendem a subproduzir bens sociais (ou superproduzir males sociais²) criando a necessidade de intervenção do

2 Este posicionamento se contrapõe à concepção da Teoria da Escolha Racional que, durante todo o século XX, acolheu o Teorema de Pareto, segundo o qual “o melhor resultado para a sociedade é obtido através do aumento da riqueza total, sem considerações redistributivas. Sendo esse o resultado, realmente não há razões por que descrever a capacidade do mercado de resolver todos os problemas econômicos, inclusive o de desenvolvimento” (Salomão Filho, 2002, p. 30).

regulador³” (Coglianese; Lazer, 2003, p. 693, tradução nossa). Dessa forma, a agência regulatória surge dentro de um discurso positivo, no qual a sua implantação resultaria em um ganho social e econômico.

Contudo, quando o Estado intervém na economia, seja fomentando, seja disciplinando, desencadeia a concorrência entre os interessados do setor na busca da “proteção” estatal, gerando despesas de *lobby* que, ao final, almejam o fornecimento de facilidades. Assim, concomitantemente aos benefícios da utilização do poder de coerção estatal que reduz as atividades ilegais ou as práticas indesejadas, essa prerrogativa transforma o Estado em um apetitoso instrumento para aqueles que estão dispostos a usufruir dos benefícios fornecidos pelo exercício seletivo da força estatal, sendo isso reflexo da extorsão da sociedade humana. Em outras palavras, é o uso dos poderes do Estado para o benefício de grupos específicos (Ortiz, 2003).

Como exemplo, Stigler (1971), analisando as questões de sua época, já alertava para o uso do poder coercitivo do Estado pela indústria para impedir a entrada de novos rivais⁴. Para o autor, essa era a técnica mais eficiente para controlar o mercado, superando métodos como a política de *limit prices* (preço-limite) ou integração vertical de criação de barreiras de entrada.

Diante desse quadro, surgem as duas escolas clássicas sobre a regulação. A primeira, a Escola Neoclássica ou Econômica da Regulação, caracteriza-se por uma completa ausência de fundamentação com o interesse público. Com origem teórica na Escola de Chicago, fundamenta-se na autorregulação do mercado, dispensando, por consequência, qualquer atividade de controle da economia por parte do Estado, abrangendo aqui os serviços públicos (Naves, 2004).

Para a Escola Neoclássica, a regulação serve apenas como substituto do mercado, ou seja, ela só é necessária quando não houver no mercado uma solução mais eficiente. Os preceitos dessa escola são o berço dos movimentos desregulatórios⁵ (Salomão Filho, 2008).

3 Texto original: “*The challenge for regulation arises because private actors tend to underproduce social goods (or overproduce social bads), thus creating a need for the regulator to intervene*” (Coglianese; Lazer, 2003, p. 693, tradução nossa).

4 Um exemplo são as políticas governamentais restritivas que constituem barreiras de entrada para a competição do mercado. Nesse aspecto, Porter (2008, p. 28) sustenta que “*government policy can hinder or aid new entry directly, as well as amplify (or nullify) the other entry barriers Government directly limits or even forecloses entry into industries through, for instance, licensing requirements and restrictions on foreign investment. Regulated industries like liquor retailing, taxi services, and Airlines are visible examples*”.

5 Um exemplo desta corrente é a publicação de Stigler e Friedland, de 1962. O trabalho buscava responder se a regulação do monopólio da indústria de energia elétrica seria capaz de alterar o comportamento dos regulados. Ao final, os autores concluíram pela ineficácia da regulação (Stigler; Friedland, 1962, p. 11).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

A desregulação faz-se por meio de mecanismos de autorregulação pelos agentes privados⁶. No entanto, esse modelo é passível de críticas, uma vez que não há a obrigatoriedade de todos os agentes econômicos aderirem à autorregulação, gerando, em muitos casos, a necessidade da instalação de incentivos custosos para fomentar a adesão. Além disso, os grandes grupos econômicos tendem a impor as regras autodeterminadas por eles sobre os grupos mais vulneráveis, não havendo um controle rígido para os agentes mal-intencionados (Baldwin; Cave; Lodge, 2013).

Já a segunda, a Escola do Interesse Público, não possui como objetivo principal a preservação do mercado, mas a busca do bem público⁷ ou do interesse público. Em certa medida, ocorre uma mistura da citada escola com a Escola do Serviço Público, pelo menos na forma como é aplicada no Brasil, pois utiliza o regime de serviços públicos como principal forma de regulação econômica, o que deriva na concessão desses serviços⁸, bem como no exercício do poder de polícia (Salomão Filho, 2008).

Nesse aspecto, “a regulamentação pode intervir em um dos três estágios de quaisquer atividades da organização: os estágios de *planejamento*, *atuação* ou *produção*”⁹ (Coglianese; Lazer, 2003, p. 693, tradução nossa, grifos nossos). Todavia, algumas críticas são feitas, entre as quais, que é notório que o poder de polícia não é capaz de antever as multiplicidades do sistema econômico, formado por estruturas imperfeitas. Além disso, a concepção assenta sua base na ideia utópica de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público (Salomão Filho, 2008).

Diante desse contexto, não é incomum nos depararmos com quadros de regulação que ora se peque pelo excesso de normas, ora pela falta delas, bem como em serviços públicos deficitários que são prestados pelo Estado no sentido de não conseguir satisfazer as necessidades dos usuários, gerando a discussão da necessidade da sua privatização¹⁰

6 Para Salomão Filho (2008, p. 29-30), é por meio da “autorregulação que se pretende criar as condições ideais para tornar efetiva a ‘mão invisível’ do mercado”.

7 Utiliza-se a expressão “bem público”, nesse contexto, com um significado diverso daquele que é comumente empregado na Economia e em Direito Econômico.

8 A concessão dos serviços públicos ganha destaque no início do século XX, com o Estado Social, haja vista a constatação que o Estado não era capaz de prestar com eficiência todos os serviços. Diante disso, a concessão de serviço público se materializa inspirada na concepção teórica do regime de direito público ao centro da noção de serviço público (Salomão Filho, 2008, p. 25).

9 Texto original: “*Regulation may intervene at one of three stages of any organization’s activities: the planning, acting, or output stages*” (Coglianese; Lazer, 2003, p. 693).

10 Refere-se ao termo “privatização” de forma restritiva, ou seja, a extinção (por diversas formas) de empresas estatais com a sua transferência (por diversas formas) ao setor privado (art. 1º, §1º da Lei n. 8.031/1990). De todo modo, deve-se lembrar de que a Lei n. 8.031/1990, revogada pela Lei n. 9.491/1997, trouxe o conceito de “desestatização”, abrangendo tanto a transferência da “propriedade” de empresas estatais como também a outorga da execução de atividades estatais ao setor privado (art. 2º, §1º, letras “a”, “b” e “c” da Lei n. 9.491/1997) (Mânica; Menegat, 2017, p. 45).

ou concessão¹¹, assim como de processos de privatização/concessão realizados de forma negligente, no qual o ato não resulta em melhorias na prestação do serviço, ante a ausência do planejamento adequado no momento da privatização ou da concessão.

De todo modo, optando-se pela regulação, como foi o caso do Brasil, no qual a Escola Neoclássica ou Econômica não ganhou força pelo Estado brasileiro, a atividade regulatória (independente do modelo) sempre será inspirada no binômio “liberdade e controle”, servindo como instrumento de conciliação entre essas condições opostas¹² (Vieira; Aranha, 2020).

Cabe destacar que, apesar de o regulador frequentemente ser uma autarquia de regime especial, nada impede que esse papel seja exercido por uma entidade privada, desde que esteja garantida a sua total autonomia e independência. Além disso, não é incomum que um alvo esteja sujeito a regras impostas por diferentes reguladores¹³ (governamentais ou não governamentais).

A atividade do regulador é dotada de discricionariedade técnica, podendo este optar pela implementação de estratégias de punir (*to punish*) ou de persuadir (*persuade*), estas últimas também denominadas de estratégias de conformidade.

A estratégia de punir/dissuadir enfatiza um estilo de confronto, no qual a inobservância do regulado às normas impostas pelo regulador resulta na imposição de uma sanção (Gunningham, 2010). Tal estratégia é a base da denominada Regulação Prescritiva, cujo pilar se funda no método de “comando e controle” (*command-and-control*). Aqui, o regulador determina padrões, tecnologias ou processos que devem ser adotados pelas entidades. Além disso, todas as ações devem ser documentadas a fim de possibilitar eventuais auditorias de conformidade, e não só isso (Vieira; Aranha, 2020).

11 Trata-se do “instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” (Mello, 2012, p. 717-718, grifos nossos).

12 Além disso, Coglianese e Mendelson (2010, p. 3) apontam que as características essenciais de qualquer instrumento ou abordagem regulatória são quatro: alvo (*target*), regulador (*regulator*), comando (*command*) e consequências (*consequences*). Dessa forma, “the target is the entity to which the regulation applies and upon whom the consequences of noncompliance are imposed. Typically the target will be a business firm or facility. But targets of regulation can also include individuals (e.g., drivers), governmental organizations (e.g., school districts), and nonprofit organizations (e.g., hospitals)”.

13 Nesse aspecto, sob a visão tradicional de regulador, o Estado assume essa função mediante as suas agências reguladoras. Porém, nada impede que isso seja realizado por organizações não estatais ou mesmo por associações. Por isso, Coglianese e Mendelson (2010, p. 3-4) pontuam que as organizações empresariais “will often be subjected to rules imposed by different governmental and nongovernmental regulators, which may or may not coordinate their rules and rule-enforcement activity”.

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Na regulação prescritiva, o método de comando e controle resulta na imposição de regulamentos que retiram a liberdade de gestão das empresas, impedindo que elas atuem primeiramente de acordo com os próprios interesses. Para tanto, o Estado se utiliza da coação, visando conduzir que as ações que serão tomadas pelas empresas sejam realizadas de acordo com os interesses da sociedade e só, subsidiária ou complementarmente, de acordo com interesses próprios das entidades, desde que tal não interfira na prossecução dos objetivos traçados pelo Estado (Coglianese; Mendelson, 2010).

Contudo, esse método não é o ideal, pois conduz que as empresas façam o mínimo do que é exigido pelo regramento legal. Além disso, a coação gera um movimento de resistência aos esforços de fiscalização da agência, criando uma *cultura de resistência regulatória*¹⁴. Por consequência, quando uma empresa aplica, como estratégia regulatória, o recurso administrativo ou judicial de uma sanção de forma reiterada, constata-se a existência de resistência regulatória, o que prejudica a eficiência do método adotado pelo regulador. Ademais, sabe-se que, diante de um método de comando e controle, essa prática se torna recorrente, havendo o compartilhamento dos procedimentos de resistência legal (*culture of regulatory resistance*) entre os regulados. Quando isso ocorre, o regulador contra-ataca, modificando as regras e suas fragilidades, transformando o ambiente de regulação em um jogo legal, no qual não há vencedores (Bardach; Kagan, 1982).

Salienta-se, ainda, que o jogo de *enforcement* resulta, muitas vezes, em custos decorrentes de todo o processo de fiscalização que não compensam os resultados auferidos na prática, gerando, inclusive, o risco de captura pelo setor privado dos agentes e das agências reguladoras¹⁵. Dessa forma, é fato que os reguladores possuem informações imperfeitas sobre as atividades dos regulados¹⁶. Essa realidade é utilizada pelas empresas de forma estratégica no processo regulatório para aumentar o lucro ou buscar

14 Sobre o tema, Bardach e Kagan (1982, p. 112) sustentam que “*legalistic regulation can turn a regulated enterprise’s disposition to comply with the law into a positive disposition to resist*”.

15 A Teoria da Captura milita que os “responsáveis pelo controle e fiscalização da empresa concessionária podem estar sujeitos a cooptação por parte dos grupos de interesse e envolvidos em atividades de *rentseeking*” (La Osa Cabeza; Athias, 2008, p. 15).

16 Nesse aspecto, Vilella e Maciel (1999, p. 9) lecionam que a “agência regulatória é sujeita à assimetria de informações porque é custoso para ela obter informações, que, entretanto, são conhecidas pela firma. É, pois, crucial, que os sistemas regulatórios formulem políticas para contrabalançar essa desvantagem de informação”. Todavia, para a implantação dessas políticas, se faz necessário uma capacidade administrativa, o que, em muitos casos, não existe, conduzindo ao insucesso, possibilitando a manipulação dos dados pelas empresas. Atualmente, existe uma tendência para a diminuição da assimetria de informação, mercê a da introdução de instrumentos de captura e análise de informação em larga escala. Porém, convém ter presente que neste contexto a informação possuída pelas entidades em causa diz respeito a fatos e acontecimentos passados, sendo inapropriada para a realização de testes preditivos. Além disso, coexiste nesse contexto outra falha de mercado: o risco moral (*moral hazard*), que interfere de modo determinante na distribuição dos riscos futuros, podendo fazer perigar a política regulatória a implementar.

objetivos gerenciais aptos a gerar desvantagem aos consumidores. Além disso, o modelo de regulação prescritiva oferta a possibilidade da empresa regulada “capturar” a agência reguladora, induzindo-a na emissão de normativas ou mesmo na realização de atos concretos aptos a prejudicar os concorrentes (Joskow, 2014).

Diante dessas questões, surge a concepção da regulação por incentivos¹⁷ (*Incentive Regulation*). Esse modelo pode ser definido como a “implementação de regras que incentivam uma empresa regulada a atingir os objetivos desejados pelo regulador, concedendo certo grau de discricionariedade à empresa” (Sappington, 1994, p. 246, tradução nossa¹⁸).

Enquanto a regulação por comando e controle apoia-se no exercício da autoridade do Estado¹⁹, a regulação por incentivos “aplica métodos de amenização do conflito de interesses entre sociedade e regulado, buscando o alinhamento entre os interesses do regulado e da sociedade” (Aranha, 2022, p. 95). Nesse aspecto, a regulação por incentivos é tida como um contraponto da regulação por comando e controle.

Há três aspectos que definem a regulação por incentivos:

- (i) A regulação deve ser projetada para alcançar objetivos específicos.
- (ii) A empresa regulada deve possuir algum poder de discricionariedade (principal característica que a distingue do modelo de comando e controle). Nesse ponto, a discricionariedade possibilita que a empresa seja recompensada de acordo com o valor pelo qual seus custos operacionais são reduzidos, uma vez que não há modelo prefixado a ser seguido, possibilitando ao regulado instalar o processo mais eficiente para se alcançar o fim determinado pelo regulador.
- (iii) A liberdade não é absoluta, o regulador impõe medidas de verificação (por exemplo, auditorias) ou limites sobre atividades e/ou resultados (Sappington, 1994).

17 Cardoso (2021, p. 160) explica que a regulação por incentivos pode “explorar os incentivos internos no ambiente regulado, tornando a atuação do Estado menos invasiva e a do regulado mais cooperativa, surgindo uma responsabilidade compartilhada entre os agentes de regulação”.

18 Texto original: “*Incentive regulation can be defined as the implementation of rules that encourage a regulated firm to achieve desired goals by granting some, but not complete, discretion to the firm*” (Sappington, 1994, p. 246).

19 Gunningham (2010, p. 2) esclarece que, na estratégia de dissuasão, a energia é dedicada a detectar violações, estabelecer culpa e penalizar os infratores por transgressões passadas.

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Desse modo, pode-se dizer que a regulação por incentivos possui o intuito precípua de “explorar os incentivos internos no ambiente regulado, tornando a atuação do Estado menos invasiva e a do regulado mais cooperativa, surgindo uma responsabilidade compartilhada entre os agentes de regulação” (Cardoso, 2021, p. 160). Por consequência, surge uma cooperação mais evidente entre o Estado e a organização empresarial.

Esse modelo regulatório possui a expectativa de que os incentivos resultem em uma redução de custos, melhorando a qualidade do serviço, bem como da infraestrutura do setor regulamentado, culminando na introdução de novos produtos/serviços no mercado (Joskow, 2014). No entanto, ocorre que, apesar das coerentes relações às previsões teóricas, a evidência empírica existente “não permite conclusões definitivas sobre os efeitos desse tipo de regulação. É necessário, pois, que sejam feitas mais pesquisas nessa área” (Vilella; Maciel, 1999, p. 41). Dessa forma, infere-se que há uma área fértil, especialmente no Brasil, para a realização de pesquisas sobre o tema.

Além disso, o sistema de incentivos exige que o regulador deposite uma confiança por vezes excessiva no regulado, que nem sempre atua com base na boa-fé²⁰. Por isso, Gunningham (2010) sustenta que uma estratégia regulatória inspirada apenas no aconselhamento e na persuasão, no qual o regulador se afasta dos meios de dissuasão, pode facilmente degenerar o sistema, gerando uma frouxidão intolerável, resultando em um método falho em deter aqueles que não têm interesse em cumprir os objetivos determinados pelo regulador.

Outra questão é que a regulação por incentivos peca por não reconhecer “as várias dimensões comportamentais dos regulados, ao partir do pressuposto de que os regulados reagiriam igualmente à mesma cesta de incentivos” (Aranha, 2022, p. 97), ou seja, não oferta uma estratégia regulatória dinâmica, capaz de se adequar ao comportamento individual de cada alvo da regulação.

Ayres e Braithwaite (1992, p. 25, tradução nossa²¹) defendem que não cabe rejeitar a regulamentação punitiva, muito menos as técnicas de persuasão. Para os autores, “o truque da regulamentação bem-sucedida é estabelecer uma sinergia entre punição e

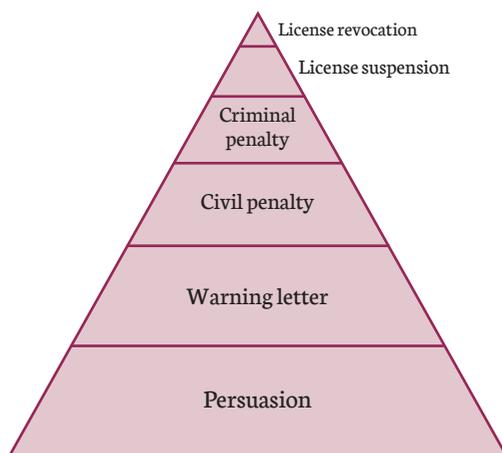
20 Nesse aspecto, Ayres e Braithwaite (1992, p. 25) destacam que “*the problem with the persuasion model, however, based as it is on a typification of people as basically good (reasonable, of good faith, motivated to abide by the law) is that it fails to recognize that there are some who are not good, and who will take advantage of being presumed to be so*”.

21 Texto original: “*The trick of successful regulation is to establish a synergy between punishment and persuasion*” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 25).

persuasão”, ou seja, seria incabível eleger a melhor técnica, pois o alcance do melhor resultaria na junção de ambas. Com base nisso, os referidos autores propõem a Teoria da Regulação Responsiva²², na qual sustentam que a efetividade da regulação “depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado” (Aranha, 2022, p. 109). Desse modo, utilizam-se das técnicas de dissuasão e persuasão, a fim de possibilitar incentivos morais para o cumprimento da lei²³.

Diante disso, é proposto um mecanismo de ações representadas na forma de uma pirâmide (*enforcement pyramid*) que emprega medidas persuasivas na base, sanções administrativas brandas no meio e sanções punitivas no topo. Esse método tem como fundamento a responsabilidade como norte e razão da regulação.

FIGURA 1 • EXEMPLO DE PIRÂMIDE DE ESTRATÉGIAS DE ENFORCEMENT. A DIMENSÃO DO ESPAÇO DE CADA CAMADA REPRESENTA A PROPORÇÃO DA ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO EM CADA NÍVEL



FONTE: AYRES E BRAITHWAITE (1992, P. 35).

22 Sobre o tema, conferir: KAGAN, R. Regulatory enforcement. In: ROSENBLOOM, D.; SCHWARTZ, R. (org.). *Handbook of regulation and administrative*. New York: Dekker, 1994.

23 Por isso, os autores sustentam que “responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather an attitude that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 5).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Para esse modelo, uma boa regulamentação significa invocar diferentes estratégias responsivas de resposta pelo regulador conforme o comportamento do regulado, ou seja, antes da aplicação da medida, o regulador deve avaliar se o regulado está cumprindo de forma relutante as normas ou se trata de um agente que não obedece aos regulamentos de forma preordenada (intencional). Diante dessa constatação, as medidas progressivas de punição são aplicadas de acordo com o comportamento do agente, devendo induzi-lo a um ponto de reflexão racional no qual passe a optar por agir com conformidade. Todavia, o grande problema é que raramente é possível auferir de forma antecipada a motivação do alvo da regulação (Gunningham, 2010).

Assim, é inegável que o pressuposto central da teoria da regulação responsiva é o “*espaço de interação e influência recíproca* entre a regulação estatal e privada onde estariam as melhores oportunidades de construção de alternativas de desenho regulatório” (Aranha, 2022, p. 114, grifo original), demonstrando-se como uma proposta pertinente, pois apresenta uma solução à discussão polarizada entre regular e desregular.

No Brasil, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) já inseriu no seu Plano Estratégico de 2020-2026 “construir um modelo de regulação responsiva e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade” (Agência Nacional de Aviação Civil, 2020, p. 22). Seguindo essa tendência, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) aprovou a Resolução n. 746, de 22 de junho de 2021, sobre o regulamento de fiscalização regulatória. O ato foi formulado considerando os princípios norteadores da regulação responsiva.

Por consequência, o estudo do *compliance* se torna uma necessidade ante a evidência que o Estado brasileiro está caminhando para a adoção da Teoria da Regulação Responsiva concebida como uma estratégia específica de governança de mercado. Dessa forma, o termo governança deve ser visto com a ressalva de que as “medidas regulatórias estatais somente têm reforço e limites quando confrontadas com medidas regulatórias internalizadas nos atores regulados” (Aranha, 2022, p. 116).

Diante dessa constatação, o principal órgão da empresa responsável pela implantação e pelo respeito das normas de conformidade é o *compliance*, uma vez que um de seus deveres é monitorar e cumprir, de fazer a empresa estar em conformidade, observando as normas e regulamentos, internos e externos, impostos às atividades desenvolvidas pela empresa (Marques Júnior; Medeiros, 2018).

Tecidas as considerações, verifica-se que, para haver uma resposta adequada, bem como uma boa comunicação entre regulador e regulado, a empresa deve possuir uma

boa governança, em especial um setor de *compliance* competente e ativo, motivo pelo qual se passam a realizar algumas ponderações sobre o órgão em questão.

3. O modelo de regulação responsiva e sua influência no *compliance*

No Brasil, o assunto sobre o *compliance* ganhou força após a entrada em vigor da Lei n. 12.846/2013, que ocorreu em janeiro de 2014, bem como da sua regulamentação pelo Poder Executivo Federal em 2015 (Decreto n. 8.420/2015). Cabe destacar que o referido decreto foi revogado pelo atual Decreto Federal n. 11.129, de 11 de julho de 2022, passando este a regular o tema.

A Lei n. 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Cabe dizer que essa lei pretendeu ofertar uma maior celeridade na apuração dos atos ilícitos em matérias de corrupção, haja vista que o processo administrativo é, em regra, mais célere quando comparado com o processo judicial. Diante desse contexto, é inegável que a lei foi construída sobre um pilar repressivo e sancionatório, mas também sobre um pilar de reconhecimento e incentivo de condutas corporativas positivas (Maeda; Yokota; Politanski, 2020, p. 82-83).

Nesse aspecto, o art. 7º da Lei Anticorrupção Brasileira (Lei n. 12.846/2013) traz como aspectos para a dosimetria da sanção administrativa:

- (i) A consideração da gravidade da infração.
- (ii) A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator.
- (iii) A consumação ou não da infração.
- (iv) O grau de lesão ou perigo de lesão.
- (v) O efeito negativo produzido pela infração.
- (vi) A situação econômica do infrator.
- (vii) O valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Contudo, o mesmo artigo prevê os fatores de incentivos que são considerados para a dosimetria, como:

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

(i) A existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

(ii) A cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações.

Com a finalidade de se criar mecanismos mais tangíveis de avaliação dos mecanismos e procedimentos de integridade que atenuam a pena (art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/2013), o Decreto n. 11.129/2022, em seu art. 57²⁴, estabelece parâmetros gerais que serão considerados no momento da avaliação do programa de integridade.

Visando melhorar as regras de avaliação dos programas, a Controladoria Geral da União (CGU), emitiu a Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015, que dispõe sobre a

24 Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do *caput* do art. 7º da Lei n. 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para: a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados; b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; c) realização e supervisão de patrocínios e doações; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei n. 12.846, de 2013. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o *caput*, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico; IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais; V - o setor do mercado em que atua; VI - os países em que atua, direta ou indiretamente; VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*.

avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Para tanto, serão consideradas as informações prestadas pelas empresas e sua respectiva comprovação, a efetividade do programa e o grau de adequação do modelo instalado ante o perfil da empresa, resultando no final da análise no percentual de redução da sanção imposta (Normas, 2015).

Posteriormente, com o intuito de orientar os servidores do Poder Executivo Federal, sobretudo os integrantes das Comissões de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), a CGU publicou o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR²⁵ (Brasil, 2018), detalhando ainda mais a metodologia utilizada na avaliação dos programas, no intuito de estabelecer critérios a serem aplicados para a redução da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei n. 12.846/2013, nos termos do art. 67, inciso III, do Decreto n. 11.129/2022.

A existência de um programa de integridade pode resultar em uma diminuição significativa do valor da multa²⁶. Diante dessa questão, o incremento normativo resultou em um quadro de mercantilização dos programas de *compliance* (Vieira; Aranha, 2020), pois as empresas começaram a verificar que a instalação do programa de conformidade seria um dos poucos instrumentos que teriam a sua disposição para ser utilizado como recurso de defesa em caso de processo administrativo ou judicial, visando a exclusão da responsabilidade, tanto da empresa quanto dos seus colaboradores/dirigentes, ou, na pior das hipóteses, um instrumento jurídico para a redução das sanções.

Sob um viés do direito penal, Mendes (2018) critica essa constatação. Para o autor, a finalidade do *compliance* é evitar a prática de vários tipos de ilícitos²⁷ e não obter isenção de responsabilidades (coletivas ou individuais), nem atenuação de sanções. Caso isso ocorra, os programas de integridade se tornam estratégias de fuga à responsabilidade. Por isso, Busato (2018) sustenta que, em razão de o *compliance* ter se infiltrado no campo da imputação da pessoa jurídica, este se converteu em verdadeira válvula de saída da responsabilidade da empresa.

25 O manual foi atualizado pela Portaria Conjunta n. 6, de 9 de setembro de 2022, da CGU.

26 Art. 23 do Decreto n. 11.129/2022. Do resultado da soma dos fatores previstos no art. 22 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo: [...] V - até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.

27 Entre eles os ilícitos criminais (por exemplo, acidentes laborais, crimes ambientais, crimes contra os consumidores, crimes fiscais, corrupção ativa e branqueamento de capitais).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Dessa forma, é inegável que o *compliance* se caracteriza como modalidade de autorregulação²⁸ da atividade empresarial, estimulada pelo Estado²⁹. No entanto, a aplicação desse conceito é contraditória, uma vez que a intervenção (estímulo) do Estado pode desvirtuar a finalidade do programa, ou seja, em vez de tomar ações para prevenir efetivamente a prática de ilícitos, o *compliance* pode passar a atuar visando implementar medidas para obter a exclusão de responsabilidades ou atenuação de sanções (Cueva, 2018), o que fomenta a cultura de resistência regulatória.

Essa tendência contraria a *conditio sine qua non* do *compliance*, que é o estabelecimento de uma cultura de conformidade (*Compliance-Culture*). Para tanto, um sistema de *compliance* eficaz exige a voluntariedade na busca do cumprimento por parte de todos os integrantes da organização empresarial, ou seja, deve se fazer presente na cultura³⁰ da empresa a busca por uma postura ética e legal (conformidade).

Logo, é questionável que o regulador determine a obrigatoriedade da instalação do setor do *compliance* nas empresas, estabelecendo procedimentos de conformidade e o modo de funcionamento do órgão empresarial, uma vez que “um programa de *compliance*, é um ‘fato feito à medida’. É feito especificadamente para aquela empresa, para aquele sector de atividade e para uma realidade e mercados concretos” (Marques Júnior; Medeiros, 2018, p. 137). Em outros termos, não há uma receita pronta quando se trata de programa de *compliance*.

Diante dessa contradição, há de se reconhecer a empresa como ator autônomo no debate sobre valores intrínsecos e normas jurídicas, haja vista que o principal incentivo que prevalece e que promove o seu funcionamento é o lucro. Nesse contexto, “a lei seria, na verdade, uma perturbação para seu programa, que não estaria orientado para o código justo/injusto, mas para o benefício/prejuízo³¹” (Coca Vila, 2013, p. 56, tradução nossa³²). Na verdade, não é condenável que as empresas busquem o

28 Mendes (2018) desenvolve a concepção de que o *compliance* é uma forma de autorregulação, consistente em uma espécie de privatização da função de prevenção de irregularidades, ou seja, o Estado transfere esse dever preventivo para o próprio regulado.

29 Para Cueva (2018, p. 55), a autorregulação regulada ou correção “consiste numa modalidade de regulação que incorpora o ente privado, subordinando-o a fins concretos ou a interesses predeterminados pelo Estado, tal como se dá na disciplina dos programas de *compliance*”.

30 Para Killingsworth (2012, p. 987), “*culture change is seldom easy and never fast; but with knowledge of the critical factors and use of the right messaging strategy, it is achievable*”.

31 No mesmo sentido, Brito (2018, p. 65) sustenta que “as empresas agem segundo o binômio benefício/perda, não se orientando pelo binômio justo/injusto. Por isso, o Direito constituiu para elas um fator de perturbação”.

32 Texto original: “*el derecho sería en realidad una perturbación para su programa, que no estaría orientado al código justo/injusto, sino al de beneficio/ perdida*” (Coca Vila, 2013, p. 56).

lucro. O que é repulsivo é a ignorância desse fato pelo legislador, que atua instituindo normas sem realizar uma análise de custo-benefício, partindo do pressuposto de que as empresas irão atuar em busca do interesse estatal³³ e não do interesse dos seus proprietários.

A ideia de comando e controle fundamenta-se na crença de que o Direito é capaz de dominar e fazer marchar a humanidade segundo as técnicas de fazer crer, em que, mediante o uso da coação, promete aos indivíduos a plena segurança, consubstanciada na paz social, no qual o Estado estabelece uma cadeia de condutas relevantes de serem sancionadas. O “preço desse modelo é a constituição de um estado de natureza, em que a questão passa a ser não o fazer ou não algo contra a lei, mas se o que se faça não possa ser interpretado, narrado e amarrado como um ilícito” (Baudrillard, 2018, p. 31).

Independentemente se o regulado privilegia inicialmente o lucro ou a responsabilidade social, o impacto do mecanismo regulatório despendido pelo Estado interfere em seu comportamento futuro, uma vez que “a forma como o regulador trata o regulado o faz migrar de um comportamento apoiado em virtude para outro apoiado em racionalidade econômica” (Aranha, 2022, p. 133). Em outras palavras, o regulador cultiva a personalidade do regulado, que será um retrato do modelo regulatório adotado.

Diante disso, a chamada *ética empresarial* “não se ocuparia, afinal, dos fins das empresas enquanto cidadãs corporativas, mas sim da forma como prosseguem a realização dos seus interesses” (Brito, 2018, p. 66). Por consequência, não basta o objetivo de ser lícito, os mecanismos implantados pelas empresas devem, para alcançar o seu objetivo, obedecer à norma ética e moral.

De todo modo, “há uma relação de complementaridade entre a imposição de políticas públicas e a autorregulação” (Cueva, 2018, p. 56). Daí decorre a discussão sobre instituir ou não a obrigatoriedade legal da implantação de programas de *compliance*, bem como da referida sanção.

É pacífico o entendimento que o estabelecimento de uma cultura empresarial sadia está “baseada em elementos como confiança, transparência, prestação de contas, elevada motivação intrínseca, segurança psicológica, cooperação, empatia e

33 Sabe-se que algumas intervenções do Estado têm como objetivo corrigir a miopia do agente, evitando que a sua cegueira cause danos, tanto na empresa quanto no mercado. Contudo, tratar do assunto exigiria um aprofundamento técnico que foge do objetivo do presente artigo.

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

solidariedade” (Silveira, 2018, p. 173), a qual é a chave para prevenir comportamentos antiéticos em qualquer organização. Ademais, “criar cultura é muito mais do que impor regras sem esclarecer seus motivos” (Lamy; Lamy, 2022, p. 25). Dessa forma, instituir normas de conformidade no âmbito da empresa que são impostas pelo regulador, provavelmente não resultará no alcance dos objetivos, uma vez que, como ocorre em uma democracia, os sujeitos que serão afetados pelas normas devem participar do processo de formação das regras, com o objetivo de esclarecer os motivos e os objetivos almejados pela empresa, criando, assim, um senso de comunhão para o alcance da meta, resultando na formação da cultura de *compliance*.

Nesse sentido, “o *compliance* não pode ser visto só como uma obrigação, devendo ser encarado como um meio de controle do cumprimento normativo que age de acordo com o mercado³⁴” (Rodrigues, 2022, p. 34), auxiliando seus colaboradores a pautarem seus comportamentos com a ética adequada a suas funções.

Diante desse contexto, pode-se concluir que, diante dos modelos expostos, a regulação responsiva parece a mais indicada, haja vista que possibilita o espaço de interação e influência recíproca entre os agentes envolvidos, ofertando um método de vantagens mútuas no jogo regulatório, no qual o ponto de partida privilegia a cooperação e não a punição, sintetizando o binômio “objetivos-motivações do regulado” (Aranha, 2022, p. 128). Além disso, possibilita uma margem de adequação das normas às peculiaridades de cada empresa³⁵.

Por consequência, tem-se um meio termo em que são afastadas, em certa medida, as desvantagens do sistema de “comando e controle”, bem como da regulação puramente por incentivos. Assim, esse método regulatório é o que mais parece oferecer um meio-termo, possibilitando liberdade para as empresas instituírem o programa de *compliance*, fornecendo um ambiente mais propício para a criação da cultura empresarial de cumprimento e de responsabilidade³⁶. Todavia, o método também oferece armas

34 Para tanto, não se pode ignorar o marco regulatório no qual a empresa está inserida. Por isso, o *compliance officer* deve “desenhar um mapa de controle a respeito do marco regulatório a que empresa empregadora está exposta, criando um mapa de risco com indicadores objetivos a fim de demonstrar o nível de risco corporativo” (Strobel; Gomes; Pedro, 2022, p. 33).

35 Neste aspecto, a regulação deve ser adequada às mais diferentes formas de estruturação de cada indústria, devendo o governo ficar atento às distintas formas de motivação, bem como aos objetivos dos atores regulados (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 4).

36 A cultura corporativa “consiste nos valores que realmente imperam na corporação e que influem sobre o comportamento dos seus membros. É o conjunto de valores, ideias-padrão, modelos de pensamento e de comportamento partilhados pelos membros da corporação” (Brito, 2018, p. 68).

para o agente regulador sancionar os regulados que atuarem com base na má-fé³⁷, oferecendo um tratamento equitativo entre as empresas reguladas³⁸.

No Brasil, o debate sobre os efeitos jurídicos dos programas de conformidade ainda é incipiente (Cueva, 2018). Contudo, sob o âmbito regulatório, até ao presente prevalece o desenho “baseado na regulação prescritiva e rígida de ações, que privilegia a implantação de meios específicos, e não a consecução de resultados” (Vieira; Aranha, 2020, p. 182).

O modelo burocrático de gestão pública que ainda predomina no Brasil incentiva essa visão legalista estrita, esse fato interfere na adoção do modelo regulatório sugerido, conduzindo o regulador a aplicar um modelo de regulação prescritiva (comando e controle) que, como exposto, é apto a desvirtuar o funcionamento do *compliance*, resultando em uma cultura de resistência regulatória.

Por isso, a importância do modelo de regulação responsiva, que tem na base da pirâmide³⁹ a autorregulação, possibilitando a criação democrática pelas empresas da cultura de conformidade, mas, em contrapartida, possui no topo a regulação por sanções vinculadas, viabilizando responsabilizar as empresas que buscam se favorecer do descumprimento das normas.

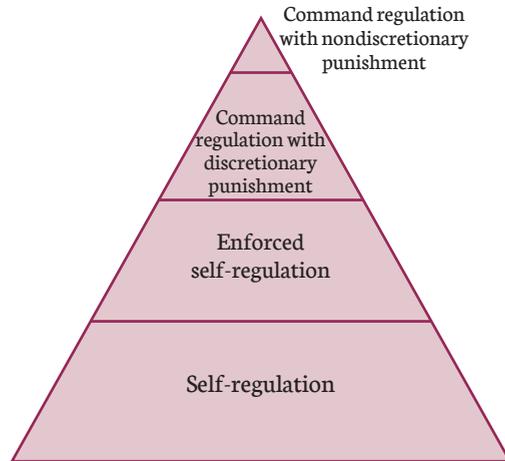
37 Sobre este aspecto, Ayres e Braithwaite (1992, p. 38) destacam que “when self-regulation works well, it is the least burden some approach from the point of view of both taxpayers and the regulated industry. When the state negotiates the substantive regulatory goal with industry, leaving the industry discretion and responsibility of how to achieve this goal, then there is the best chance of an optimal strategy that trades off maximum goal attainment at least cost to productive efficiency. But given that an industry will be tempted to exploit the privilege of self-regulation by socially suboptimal compliance with regulatory goals, the state must also communicate its willingness to escalate its regulatory strategy up another pyramid of interventionism”.

38 Neste aspecto, Aranha (2022, p. 132) sustenta que na regulação responsiva “o Estado deve lançar mão da persuasão, no front, reservando a punição para a retaguarda, pois a teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que, quanto menos evidente e poderosa for a técnica de controle utilizada para alcance da conformidade, será mais provável que ocorra a internalização da norma no comportamento do regulado”.

39 Gunningham adverte que (2010, p. 9) “a pyramidal response will not be enough unless information flows effectively from regulator to regulated and there is a capacity for a genuine dialogue to take place”. Por isso, o autor conclui que “the enforcement pyramid approach is best suited to the regulation of large organisations with which the regulator has frequent interactions. However, it can also be of use in determining which enforcement tool is most suited to the particular circumstances of a smaller enterprise with which they have infrequent contact. Here, its value is in providing guidance as to which arrow to select from the quiver, rather than to how best to conduct a series of repeat interactions” (ibidem, 2010, p. 20).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

FIGURA 2 • EXEMPLO DE PIRÂMIDE DE ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS



FONTE: AYRES; BRAITHWAITE (1992, P. 39).

Dito isso, é salutar verificar que algumas agências regulatórias brasileiras (Anatel e Anac) caminham no sentido de adotar o modelo da regulação responsiva, uma vez que, quando Estado negocia o objetivo regulatório com a indústria, ofertando uma margem de discricionariedade para a empresa adotar o meio mais adequado para alcançar o objetivo pelo menor custo, as chances de uma estratégia de *compliance* ser bem-sucedida aumenta significativamente (Ayres; Braithwaite, 1992).

Em resumo, tendo em vista que o *compliance* não se esgota a partir da mera conformidade do cumprimento normativo, o Estado, mediante suas agências regulatórias, deve adotar estratégias que não prejudiquem a formação da cultura de conformidade. Para tanto, a aplicação restrita do sistema comando e controle é indesejada, devendo promover métodos regulatórios que ofereçam incentivos de autorregulação aos regulados, bem como deixem à disposição meios de sanções⁴⁰, como ocorre com a regulação responsiva.

Por fim, não existirá cultura organizacional sem mudança no comportamento das pessoas físicas, uma vez que isso envolve padrões de comportamentos, valores compartilhados e pressupostos de verdades (Assi, 2018). Para tal objetivo, é necessário que

40 Assim, “o regulador ideal é um integrador de técnicas regulatórias, fazendo uso do conhecimento sobre modelos teóricos e sua experiência, e avançando como um integrador criativo em constante inovação pensada em batimento com as técnicas, os modelos e a experiência conjuntural” (Aranha, 2022, p. 77).

o Estado conceda espaço para a autorregulação da empresa, abrindo a possibilidade da criação mediante consenso dos colaboradores de valores éticos e morais que alcançarão os objetivos de conformidade aceitos pela sociedade, uma vez que a imposição de regras de forma vertical e hierárquica pelo regulador não é capaz da formação de consenso e união pelos sujeitos atingidos pelas normas, sendo incapaz por si só de alcançar os objetivos esperados⁴¹.

4. Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo analisar as estratégias regulatórias no contexto brasileiro, verificando seu impacto nas organizações empresariais reguladas, em especial no departamento de *compliance* e, principalmente, na formação da cultura empresarial inspirada na conformidade, com ênfase na efetividade do programa.

Com base nisso, constatou-se que as formas de intervenção na economia pelo Estado, sobretudo, sua atuação mediante as ações das agências regulatórias, afetam as condições estruturais das empresas em todos os níveis, interferindo inclusive em seu crescimento, afetando a concorrência (Portel, 2008), bem como a atuação do *compliance*, podendo promover, a depender do modelo regulatório adotado, a cultura de resistência regulatória, tornando um programa de integridade sem efetividade, no qual sua existência será apenas aparente.

Dessa forma, o modelo majoritário regulatório brasileiro, que promove a regulação prescritiva, privilegia a implantação de meios específicos e não o alcance de resultados (Vieira; Aranha, 2020), ou seja, não promove a formação de uma cultura de conformidade voltada para o desenvolvimento de um programa de *compliance* efetivo e idôneo.

Portanto, são salutares as medidas pontuais tomadas por algumas agências reguladoras na adoção da Teoria da Regulação Responsiva, promovendo a autorregulação pelos regulados, possibilitando a criação de regras de conformidade mediante o consenso dos colaboradores das organizações, facilitando, desse modo, a formação de uma cultura empresarial positiva.

41 Neste aspecto, a simples implementação de um termo, de uma regra, norma ou de uma política de conduta e ética pela própria empresa, não significa que serão alcançados os objetivos corporativos esperados por seus funcionários ou colaboradores. Por isso, é importante a realização de medidas que promovam o diálogo e a conscientização dos integrantes da organização (Assi, 2018, p. 161).

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Apesar de o modelo atual estar longe de ser o mais adequado, verificou-se uma tendência das agências reguladoras em caminhar, ante as mais diversas razões, na adoção de um modelo que privilegia a atuação cooperativa, ofertando maior liberdade de autodeterminação aos regulados, reconhecendo que as empresas possuem maior capacidade de regular as suas atividades do que o governo.

Contudo, acredita-se que a adoção de um modelo de sucesso somente ocorrerá a longo prazo, em razão da forte crença ainda presente no setor público de que a lei e os atos normativos são capazes de alterar e conscientizar, por si só, os indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas), ignorando o fato de que o uso da coação gera uma postura defensiva que acaba, ao final, no confronto entre os interesses estatais e privados.

Diante disso, as agências não devem atuar como educadores, prescrevendo para os regulados como eles devem realizar suas atividades, mas, ao contrário, devem atuar com o estabelecimento de objetivos para serem alcançados pelas empresas, independentemente da forma, e, em caso de descumprimento intencional na adoção de ações para o alcance destes, fazer o uso da coação, punindo-os por sua desídia.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA Nacional de Aviação Civil - ANAC. *Plano estratégico: 2020-2026*, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/arquivos/Plano_20202026.pdf. Acesso em: 19 de abr. 2023.
- ARANHA, M. I. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. London: Laccademia Publishing, 2022.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University Press, 2013.
- BARDACH, E.; KAGAN, R. A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982.
- BARROSO, L. R. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, M. (org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87-110.
- BAUDRILLARD, J. *Compliance e delação como mecanismos complementares do amor ao censor*. In: LAMY, E. (org.). *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- BRASIL. Ministério da Transparência. Controladoria-Geral da União. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/manual-pratico-integridade-par-pdf>. Acesso em: 21 de abr. 2023.

- BRITO, T. Q. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. (org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- BUSATO, P. C. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. (org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- CARDOSO, F. R. M. CGU além do comando e controle: uma comparação com a regulação responsiva. *Journal of Law and Regulation*, [on-line], v. 7, n. 1, p. 150-193, 2021.
- COCA VILA, I. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, J-M.; MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-76.
- COGLIANESE, C.; LAZER, D. Management-based regulation: prescribing private management to achieve public goals. *Law & Society Review*, [on-line], v. 37, n. 4, p. 691-730, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1046/j.0023-9216.2003.03703001.x>. Acesso em: abr. 2024.
- COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-regulation and self-regulation. *The Oxford Handbook on Regulation*, Pennsylvania, n. 12-11, p. 1-36, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2002755. Acesso em: 17 de abr. 2023.
- CUEVA, R. V. B. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, R. V. B.; FRAZÃO, A. (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 53-69.
- GUNNINGHAM, N. Enforcement and compliance strategies. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *The Oxford Handbook of Regulation*. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 1-18.
- JOSKOW, P. Incentive regulation in theory and practice: electricity distribution and transmission networks. In: ROSE, N. L. (org.). *Economic regulation and its reform: what have we learned?* Chicago: The University of Chicago Press, 2014. p. 291-344.
- KAGAN, R. Regulatory enforcement. In: ROSENBLUM, D.; SCHWARTZ, R. (org.). *Handbook of regulation and administrative*. New York: Dekker, 1994.
- KILLINGSWORTH, S. Modeling the message: communicating compliance through organizational values and culture. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, [on-line], v. 25, n. 4, 2012.
- LA OSA CABEZA, E. R.; ATHIAS, A. B. C. O risco da captura nas agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. 2008. Dissertação (Graduação em Direito) - Faculdade do Pará, Belém, 2008.
- LAMY, A. C. F.; LAMY, E. A. *Compliance empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- MAEDA, B.; YOKOTA, B.; POLITANSKI, R. O processo administrativo de responsabilização da Lei n. 12.846/2013: etapas e desafios práticos sob a óptica da empresa. In: CARVALHOSA, M.; KUYVEN, F. (org.). *Compliance no direito empresarial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81-126.
- MANICA, F. B.; MENEGAT, F. *Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privado no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- GRACE LADEIRA GARBACCIO
- MARIA MATILDE DA COSTA LAVOURAS FRANCISCO
- JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

MARQUES JÚNIOR, F.; MEDEIROS, J. A elaboração de programas de *compliance*. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. (org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, P. S. *Law enforcement & compliance*. In: PALMA, M. F.; DIAS, A. S.; MENDES, P. S. (org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MUSGRAVE, R. *The Theory of Public Finance: a study in public economy*. New York: McGraw-Hill, 1959.

NAVES, R. Agências reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, M. (org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 123-134.

NORMAS Brasil. Controladoria-Geral da União. Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 abr. 2015. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-909-2015_282863.html. Acesso em: abr. 2024.

ORTIZ, A. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003.

PODER EXECUTIVO FEDERAL. Decreto n.º 8.420, de 2015. Brasília.

PORTER, M. E. *Estrategia competitiva: técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*. 37. ed. San Juan Tlihuaca: Patria, 2008.

PORTER, M. E. The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, [on-line], 2008.

RODRIGUES, A. A. *Manual teórico-prático de compliance*. Coimbra: Almedina, 2022.

SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, C. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAPPINGTON, D. E. M. Designing incentive regulation. *Review of Industrial Organization*, [on-line], v. 9, p. 245-272, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/BF01025724>. Acesso em: abr. 2024.

SILVEIRA, A. D. M. *Ética empresarial na prática: soluções para gestão e governança no século XXI*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, [on-line], v. 2, issue 1, p. 3-21, 1971.

STIGLER, G. J.; FRIEDLAND, C. What can regulators regulate? The case of electricity. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 5, p. 1-16, 1962. Disponível em: 10.1086/466579. Acesso em: abr. 2024.

STROBEL, A. C. R.; GOMES, M. B.; PEDRO, W. O. *Compliance: fundamentos e reflexões sobre integridade nas empresas*. Organização de Fábio Lopes Soares. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022.

TELES, A. C.; DIAS, M. A evolução da privatização no Brasil. *International Journal of Development Research*, [on-line], v. 12, issue 7, p. 57426-57435, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.37118/ijdr.24868.07.2022>. Acesso em: abr. 2024.

VIEIRA, V. L. R.; ARANHA, M. I. Compliance anticorrupção e modelagem regulatória: a regulação prescritiva e risco de implantação de programas de fachada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [on-line], ano 28, v. 167, p. 149-187, 2020.

VILLELA, A. V.; MACIEL, C. S. *A regulação do setor de infraestrutura econômica: uma comparação internacional*. Brasília, DF: Ipea, 1999. (Texto para Discussão, n. 684). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2844/1/td_0684.pdf. Acesso em: abr. 2024.