



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EFICÁCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA PARA ELIDIR
A RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL DA SOCIEDADE

Beatriz Cesario de Abreu

Rio de Janeiro
2020

BEATRIZ CESARIO DE ABREU

EFICÁCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA PARA ELIDIR
A RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL DA SOCIEDADE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior
Lucas Tramontano
Ubirajara da F. Neto

EFICÁCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA PARA ELIDIR A RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL DA SOCIEDADE

Beatriz Cesario de Abreu

Graduada pela Universidade Federal Fluminense em Direito

Resumo – no presente artigo científico busca-se responder as indagações que possam surgir para as sociedades que adotam mecanismos de franquia com a entrada em vigor da lei 12.846/2013. Serão analisadas, com a entrada em vigor da referida legislação, as novas implicações penais, cíveis e administrativas, para as quais as *franchising* e seus dirigentes poderão ser chamados a responder em razão da prática de ilícitos. E, ainda, se o sistema trazido pelo art. 7º da norma seria eficaz na redução dos riscos impostos por essa, visto sua natureza jurídica de norma de eficácia limitada. Analisará também quais os instrumentos do sistema de *compliance* teriam capacidade de prover efetividade em sociedades de tamanha complexidade, como nas franquias.

Palavras-chave – Direito empresarial. Normas de eficácia limitada. Sistema de *compliance*. Contratos de franquia.

Sumário – Introdução. 1. Risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013 2. Análise da natureza jurídica da norma que instituiu o sistema de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e a sua efetividade. 3. Instrumentos do sistema de *compliance* que demonstrem a sua maior efetividade nos contratos de franquia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As recentes operações da polícia federal como a Lava Jato e a operação Zelote trouxeram à tona inúmeros casos de corrupção envolvendo sociedade empresariais, e a administração pública, o que levou a um caos político e econômico na sociedade brasileira, culminando no *impeachment* da ex presidente Dilma Rousseff e a prisão do ex presidente Lula, além de vários outros políticos e empresários. A população em meio a tantos escândalos de corrupção, iniciados com o julgamento do caso conhecido como Mensalão, em 2012, vai as ruas buscando providências do poder público, que, em resposta, anos mais tarde, cria a lei anticorrupção (Lei nº 12.846/15), norma que traz importantes mudanças para as sociedades empresárias, que não só passam a ser responsabilizadas de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa em casos de envolvimento em ilícitos perante a Administração Pública, bem como passam a sofrer sanções diretamente à pessoa jurídica.

Nesse contexto, busca-se analisar os contratos de franquia, pois estes possuem um risco elevado de responsabilização de seus dirigentes e da própria sociedade empresária

franqueada em razão de ilícitos cometidos, tanto pela própria sociedade franqueadora quanto pela sociedade franqueada, já que a ela, além de gerenciar a marca, também, deve conceder toda a assistência da qual o franqueado necessita, assim, possuindo um vínculo com a franqueada.

Desta forma, ao longo deste estudo pretende-se responder as seguintes questões: no primeiro capítulo será abordado o risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013, engloba também os atos ilícitos cometidos pelo franqueado?

No segundo capítulo será realizada uma análise da natureza jurídica da norma que instituiu o sistema de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e sua efetividade, buscando perquirir se o artigo 7º, VIII, da Lei nº 12.846/15 é capaz de reduzir os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais?

Por derradeiro, no terceiro capítulo, será indagado como implementar um sistema de *compliance* efetivamente capaz de vir a reduzir ou até mesmo excluir as sanções penais, administrativas e cíveis aplicadas a sociedade franqueadora?

Para tanto deverá ser verificando especificamente qual a responsabilidade a franqueadora possui diante dos atos praticados pela franqueada, bem como o sistema de *compliance* que poderia ser introduzido nos contratos de *franchising* que reduza a responsabilidade da franqueadora perante os atos da franqueada. E ainda, analisar se o sistema de *compliance* é eficaz no ordenamento jurídico diante da natureza jurídica da norma instituidora, bem como averiguar as atualizações desenvolvidas para garantir a efetividade da norma. E por fim, discutir quais os mecanismos do sistema de *compliance* trariam maior eficácia para o sistema nos contratos de franquia, analisando a capacidade deles de reduzirem os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais, administrativos e cíveis.

Para que o estudo pretendido seja desenvolvido de modo a contribuir de forma significativa para a comunidade jurídica é evidente que se deve basear em um recorte epistemológico, assim, podendo analisar o tema de forma sólida, sistemática e científica

O artigo será produzido através da utilização do método hipotético-dedutivo, no qual se estabelecerá premissas que serão acolhidas ou rejeitadas de forma fundamentada pelo pesquisador que terá como base a bibliografia (legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência) correspondente ao tema.

1. RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS DIRIGENTES E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA DIANTE DA LEI Nº 12.846/2013

Convém notar que a edição da lei anticorrupção¹, como é conhecida a Lei nº 12.846/13², passou a ter vigência em 29 de janeiro de 2013, e teve como embasamento político ser uma norma que objetivava reduzir ações de corrupção³, e assim, aplacar uma série de vigorosas manifestações populares⁴ que vinham ocorrendo, na época, e que tinham como substrato reivindicações de alteração na forma das conduções políticas.

Posto assim a questão, a referida lei, então, perquiriu minimizar procedimentos fraudulentos na Administração Pública, através da imposição da responsabilidade objetiva das sociedades⁵, tanto juridicamente, quanto administrativamente.

Tal imposição teve por fundamento o Art. 1.169 do Código Civil⁶, que trouxe ao ordenamento jurídico a culpa *in vigilando*, isto é, aqueles que possuem o dever de fiscalizar⁷ a atuação de empregados e preposto da empresa podem ser culpabilizados pelas condutas práticas por aqueles, tendo ou não dolo no resultado por aquele obtido.

Tem-se, assim, que os superiores hierárquicos em uma estrutura empresarial encontrar-se-iam em uma real posição de garante, assumindo um dever de vigilância para com os acontecimentos dados naquela dimensão empresarial⁸(...)
Evidentemente, não se espera, com isso, que o empresário assumira a obrigação e evitar toda e qualquer inocorrência criminosa na empresa, mas, apenas, o que se entende por delitos vinculados ao estabelecimento⁹

¹XAVIER, Christiano Pires Guerra, *Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12846/13 – Elementos e estudo do caso*. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

²BRASIL. *lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 25 ago. 2020.

³Apesar do presente trabalho ter por escopo a análise do tema sob um viés empresarial pelo princípio da função da empresa e não sob uma análise criminal do tema se utiliza aqui da Código Penal para conceituar corrupção, com fulcro nos Arts. 317 e 333 do CP.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 25 ago. 2020.

⁴XAVIER, op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2. O termo sociedade deve ser compreendido ao longo deste trabalho a luz do Art 1º Parágrafo Único da Lei nº 12.846/13.

⁶BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54

⁸SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 130.

⁹Ibidem, p. 131.

Como se depreende do trecho acima reproduzido, a sociedade responderia, independente, de dolo ou culpa¹⁰, por atos lesivos a administração pública, tenha sido esta conduta praticada, ou não, com o conhecimento dos dirigentes da pessoa jurídica (em caráter *latu sensu* previsto no artigo 40 a 44 do Código Civil, a despeito de desenvolverem ou não atividade empresarial), posto que eles possuem dever *in vigilando* para com os seus funcionários, conforme dispõe o art. 1º da referida lei: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”¹¹

Insta, aliás, notar que com o advento da referida lei a alta administração das sociedades empresárias passou a ter que desenvolver uma diligência gigantesca quanto a conduta de seus prepostos para que a sociedade não viesse a ser responsabilizada por atos ilícitos cometidos por eles.

Partindo dessas premissas, parece oportuno considerar que em razão de ser o sistema de *franchising* uma forma de estruturação empresarial em que o franqueador disponibiliza onerosamente o seu *know-how* para que terceiro utilize e desenvolva o seu negócio, outro não é o escólio do professor Fábio Ulhoa, ao conceituar que “A franquia é um contrato pelo qual um empresário (franqueador – *franchisor*) licencia o uso de sua marca a outro (franqueado – *franchise*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos”¹² Isso posto, é salutar registrar que em que pese o franqueado ser um empresário independente do franqueador, este se beneficia do crescimento e bom desenvolvimento de seu franqueado, dado que auxilia tanto na imagem da marca quanto economicamente, portanto é indubitável que há reflexos positivos e negativos entre as condutas do franqueado no franqueador e vice e versa, pois existem atividades inerente o sistema de *franchising*.

Em virtude das considerações tecidas até o momento é inevitável não questionar se pode ser imputado *franchisor* a responsabilidade prevista no art. 2º da Lei nº 12.846/13 por atos do *franchise*.

Para responder tal indagação, convém notar nesse passo, que diante do novo panorama trazido pela legislação em comento e das elucidações acima que o ramo de *franchising* tem que dispender maior cuidado para com as suas atividades, visto que as atividades executadas pelo

¹⁰XAVIER, op. cit., nota 1.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹²COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492.

franqueador e pelo franqueado estão intrinsicamente relacionadas entre si, apenas em função de seu modo operacional.

Desta forma, parece razoável, diante de todas as considerações tecidas em seu desenrolar, responder a indagação alhures de forma positiva, ou seja, de que há risco de que o franqueador venha a ser responsabilizado objetivamente por condutas praticadas pelo franqueado, em razão de suas atividades estarem relacionadas entre si¹³.

Convém ponderar, entretanto, que tal responsabilidade só poderia ser imputada em casos em que haja conexão entre a atividade desempenhada ou benefício direito obtido pelo franqueador com a conduta ilícita, ou seja, não parece ser razoável que a sociedade franqueadora responda objetivamente por condutas ilícitas praticadas pelo franqueado das quais não possuía qualquer ingerência, conexão ou benefício.

2. ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 7º, VIII, DA LEI nº 12.846/15 E SUA EFETIVIDADE: A NORMA É CAPAZ DE REDUZIR OS RISCOS DE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA RESPONDER POR ILÍCITOS PENAIIS?

O sistema de *compliance* foi colocado no ordenamento jurídico de forma tímida pelo legislador na Lei nº 12.846 de 2015, que trouxe apenas um inciso sobre o tema no artigo 7º da lei¹⁴, juntamente com outros mecanismos que buscavam reduzir os casos de corrupção nopaís, como a conhecida delação premiada.

Nesse passo, cumpre esclarecer que não é o objetivo do presente trabalho trazer definições e conceitos do que se trata o sistema de *compliance*, o que vem sendo exaustivamente tratado por outras obras, inclusive por esta autora em seu trabalho de conclusão de curso pela Universidade Federal Fluminense¹⁵, mas sim aprofundar a análise da efetividade do sistema no ordenamento jurídico.

Todavia, se faz necessário esclarecer que os mecanismos trazidos na legislação em comento possuem como interesse público primário a redução de ilícitos penais praticados contra a Administração pública por empresas privadas, inclusive tendo sido justamente em razão disso

¹³AMARAL, Luiz Henrique. *A nova lei anticorrupção e seu impacto nas franquias*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/nova-lei-anticorrupcao-e-seu-impacto-nas-franquias/>> Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵ABREU, Beatriz Cesario. *Compliance: breve esboço jurídico sobre a lei anticorrupção*. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4952/1/TCC_Beatriz%20Abreu.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

denominada de lei anticorrupção, portanto se faz necessário que se analise a norma tendo em mente a sua finalidade.

Para tanto, por mais antipatizado que seja a transcrição de artigo essa se faz fundamental nesse momento para a análise que se pretende desenvolver ao longo deste capítulo:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII - 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;¹⁶

É possível verificar com a mera leitura no artigo transcrito que a norma pretende reduzir as sanções trazidas pela lei quando a sociedade empresária tiver implementada um sistema de *compliance*, podendo, portanto, segundo Bacigalupe¹⁷, ser considerada uma causa de “excludente de culpabilidade da pessoa jurídica”.

Ou seja, o legislador optou por atenuar ou até mesmo por excluir a pena a ser aplicada daquelas sociedades que incluam mecanismos de *compliance*. Ora, é evidente que o Legislativo entendeu que aquelas sociedades que possuem o programa, ou que adotassem as medidas mencionadas no artigo, teriam tomadas as precauções necessárias para que não incorressem no ilícito penal, ou ao menos tivessem buscado reduzir os riscos de incorrem na conduta sancionada:

ao ser concedida atenuantes às penalidades sofridas pela empresa, o juiz responsável deveria analisar essa natureza do programa, pois não se pode considerar que um sistema que tenha por escopo a alteração da cultura dentro da sociedade empresária tenha a mesma valorização de um programa que tenha por objetivo apenas fiscalizar a sua atuação. Como dito alhures o *compliance* mais eficaz é a aquele que busca (ser *compliance*) e não apenas (estar em *compliance*)¹⁸

Todavia, conforme desenvolvido anteriormente, a norma em comento pode ser considerada, de forma analógica, como uma norma de eficácia limitada de José Afonso da Silva¹⁹ pois, em âmbito nacional, o inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/13 apenas implementa o sistema e não o normativa, não havendo qualquer norma com esse fim no ordenamento jurídico pátrio:

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷BACIGALUPE apud DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. *Compliance e direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.

¹⁸ABREU, op. cit., 2017, p.4.

¹⁹LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.

[...]não existindo qualquer outra normativa, ou diretriz interna, além da mencionada alhures, como ocorre no âmbito internacional, para a correta aplicação do dispositivo em comento se tornando fugaz a sua utilização, sendo colocado em prática ao bel prazer da pessoa jurídica, porém a constatação de sua aplicação reduz do mesmo modo as sanções a serem estabelecidas a sociedade que cometer os ilícitos previsto da lei em tela.²⁰

Portanto, para que o sistema de *compliance* venha a ser utilizado em acordo com o interesse público primário, cabe ao juiz da causa valorar se as medidas adotadas pelo *compliance* implementado na sociedade obtiveram efetividade de reduzir os riscos de incidência em um ilícito penal, já que não existem normas objetivas para tanto, existindo apenas um capítulo de um trabalho da Corregedoria da União com sugestão de elementos a serem implementados²¹ e o ISO 37.001 que “abrange tão somente suborno e não o *compliance* como um todo”²².

Assim, o juiz pode considerar que o sistema de *compliance* implementado pela sociedade não teve o condão de reduzir as más práticas que a empresa pudesse incorrer, e sim teve com mero objetivo se valer de uma “excludente de culpabilidade”²³ e não vir nesse último caso a valorar as medidas adotadas no momento da fixação da sanção penal a ser aplicada à pessoa jurídica.

Nesse caso, a empresa apenas teria dispendido altos valores com a implementação de um sistema sem que o mesmo tivesse qualquer retorno para a sociedade empresária e nem mesmo para o país.

A diferença entre ser e estar em *compliance* pode parecer tênue, mas altera de forma relevante a maneira em que o sistema é implementado e cumprido dentro da sociedade, não só pelos funcionários como também pela alta administração da empresa, deixando de ser meros mecanismos que tentam evitar ilícitos, e passa a ser uma cultura de eticidade cultivada e incentivada dentro da sociedade, sendo nesse um *compliance* efetivo e de fato capaz de excluir a culpabilidade da pessoa jurídica.

Assim, resta o questionamento, para que o sistema de *compliance* seja efetivo não basta que a empresa implemente mecanismos que busquem evitar ilícitos, mas sim que crie-se

²⁰ABREU, op cit., 2017, p.4.

²¹BRASIL. Controladoria Geral da União, *A responsabilidade Social das Empresas no Combate a Corrupção* Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/ manualrespsocialempresas_baixa.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²²COMPLIANCE TOTAL. *Norma ISO de compliance e Lei Brasileira* – o que você precisa saber para não ser surpreendido. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/14/norma-iso-de-compliance-e-lei-brasileira-o-que-voce-precisa-saber-para-nao-ser-surpreendido>> Acesso em: 21 out. 2019.

²³BACIGALUPE, op. cit., 2015, p.4.

um sociedade em *compliance*, o que por si só é um desafio gigantesco, então como implementar um sistema capaz de vir a reduzir ou excluir as sanções aplicadas as sociedade franqueadoras?

3. INSTRUMENTOS DO SISTEMA DE *COMPLIANCE* REVELADORES DE MAIOR EFETIVIDADE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Preliminarmente, cumpre consignar que qualquer mecanismo de *compliance* que seja adotado apenas será eficaz se os altos dirigentes de sociedade estiverem de fato comprometidos a adotarem uma empresa em *compliance* para tanto é imprescindível que o primeiro passo do franqueador seja ter ao seu lado um *compliance officer*²⁴ dotado de autonomia financeira e independência em sua atuação, mas mais do que isso deve ele ter total confiança da administração.

Mister se faz ressaltar a importância de tal profissional para a organização de um sistema de *compliance* eficaz, pois apenas ele será capaz de identificar individualmente os pontos mais sensíveis e com maiores risco para a franquia, o denominado *risk assessment*, além de analisar os setores da companhia que necessitam de maior atenção e investimentos na prevenção de ilícitos, visto que “não basta conhecer o mercado para definir suas estratégias (variáveis exógenas), pois também é imperioso conhecer as próprias deficiências (variáveis endógenas) para então mitigar todos os riscos que possam afetar de maneira indesejável os resultados da empresa”²⁵

É, pois, com base em sólido conhecimento sobre o funcionamento, a atuação e os riscos da franquia que o *compliance officer* poderá elaborar um código de conduta, políticas e procedimentos a serem adotados de forma singularizada e individualizada para aquela companhia.

Não se pode olvidar que em razão do termo *compliance* ter derivado do verbo em inglês *to comply*²⁶ o que faz com que acreditem que o sistema se trata simplesmente do cumprimento de normas legais ou das impostas pelo código de conduta²⁷, tal equívoco se dá em função da importância do papel do código de conduta da empresa dado pelo instituto, ou

²⁴ABREU, op cit., 2017, p.27.

²⁵EDMO, Colnaghi Neves; FIGUEIROA, Caio Cesar. Gestão de Riscos. In: BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (org.) et al. *Manual de compliance*. São Paulo: Forense, 2019, p.22.

²⁶ABREU, op. cit., 2017, p.01.

²⁷Ibidem, p.18.

seja, para que um sistema seja eficaz é fundamental um bom código de conduta constituído em conformidade com as necessidades e riscos enfrentados pela franquia.

Convém obter, todavia, que de pouco adiantará um excelente *compliance officer* que estruture com maestria um sistema *compliance* e um código de conduta exemplar, principalmente nos casos das *franchisings*, se o *franchise* se não tiver em mente as boas práticas e o ser *compliance*.

Em virtude dessa consideração o instituto do *due diligence* é, sem sombra de dúvida, obrigatório quando se trata de pessoas jurídicas que desenvolvem a atividade de franquia, sendo essa a peça indispensável para um *compliance* eficaz nesse tipo de sociedade, em razão da atividade desempenhada por este instituto, com se verá a seguir:

Due Diligence refere-se à investigação completa de um negócio, geralmente feita durante o processo de negociação de compra de venda de um negócio ou empresa. É um serviço especial ligado à auditoria financeira, contábil e operacional que executa testes complementares para certificação dos números dos últimos demonstrativos financeiros da empresa em negociação, utilizados como base para a elaboração do cálculo do valor da empresa/negócio. Além disso, verifica também eventuais passivos ocultos, sejam eles fiscais, trabalhistas, ambientais, previdenciários, entre outros²⁸

Assim, tal instrumento se mostra crucial as franquias especialmente porque no caso dessas sociedades a interação com outras pessoas jurídicas ou até mesmo com pessoas físicas é o seu núcleo de atividade, como apontado no início desta obra.

Portanto, essencial que seja realizada uma investigação das atividades anteriormente realizadas pelo interessado em ser um franqueado, em virtude de ser essencial que este venha a cumprir as diretrizes estabelecidas pelo programa de *compliance* do franqueador. Ademais, se o *franchisor* pode vir a responder por atos ilícitos que venham a ser praticados pelo *franchise* parece ser do interesse daquele que este possua os mesmos padrões éticos e morais adotados por sua sociedade. Nesse sentido, preleciona Thiago Pinheiro, Paola Lorca e Victor Henrique Araújo:

O conhecimento sobre a imagem e reputação de terceiros perante o mercado e a sociedade em geral, bem como o grupo econômico do qual fazem parte são elementos que permitem à empresa conhecer mais profundamente seu prestador de serviço. Por exemplo, a pesquisa pelo terceiro em notícias de mídia e fontes de dados públicos para verificar se existe algum envolvimento de terceiros ou de empresas a ele relacionadas em processos ou investigação de natureza criminal, regulatória, eleitoral ou concorrencial. A informação sobre partes relacionadas pode ajudar a empresa a constatar se o terceiro

²⁸TOBIAS, Afonso Celso B. *O que é "DUE DILIGENCE"?* Disponível em: <<http://www.cavalcanteassociados.com.br/utd/UpToDate250.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2020.

cometeu ou é suspeito de ter cometido um ato de corrupção, fraude, improbidade administrativa, fraude a contratos públicos ou a licitações, ainda que mediante interposta pessoa. Além disso, dados públicos informam se o terceiro está inscrito em alguma das listas sancionadoras mantidas pelas autoridades públicas brasileiras (...)

A identificação da estrutura societária que o terceiro integra também é uma informação relevante, na medida em que é possível verificar quais são as outras empresas que integram o grupo e quem é beneficiário final dessas empresas. Verificar essas informações é fundamental para que a empresa entenda o histórico de terceiros e para que tenha mais conforto de que está se relacionando ou se relacionará com pessoas físicas e jurídicas íntegras e idôneas, e não com empresas de fachada²⁹

Desta forma, a instituição de um mecanismo de *due diligence* nas *franchisings* não se faz vital, apenas, em função de mitigar os riscos de responsabilização do franqueador, mas também, e talvez, tão importante quanto, mitiga os riscos à marca, como já mencionado no primeiro capítulo desta obra, a marca é um dos elementos “vendidos” pelo *franchisor*, portanto é dos elementos mais importantes da franquia.

É notório que atividade ilícitas ou contrária a práticas éticas e morais possuem condão de prejudicar em demasia uma marca, sejam essas internas como no caso da JBS S.A.³⁰ ou externas, através de terceirizados como nos casos das empresas Zara e Riachuelo³¹, sendo essencial que as *franchisings* só venham a se relacionar como aqueles que possuam os mesmos padrões éticos e morais adotados pelo *franchisor*.

Desta forma, infere-se que com a utilização dos três instrumentos apontados (*compliance officer*, código de conduta e *due diligence*) o sistema de *compliance* será atingido de forma eficaz na alta administração da sociedade, sendo certo que apenas com um alto grau de comprometimento desta é que uma sociedade conseguirá alcançar o *status* de ser *compliance*.³²

Destarte, que esse é o primeiro passo para um sistema de *compliance* eficaz, como bem denota Itamar Carvalho e Bruno Almeida “ambos os *guidelines*, da CGU e do CADE, destacam a importância da participação e do dever de comprometimento da Alta Direção da empresa para o sucesso na implementação e execução do Programa de Integridade”³³

²⁹PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. Due diligence anticorrupção para a contratação de prestadores de serviços e para fusões ou aquisições In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.124/125.

³⁰ABREU, op. cit., 2017, p.20/22.

³¹CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.70.

³²ABREU, op. cit., 2017, p.18 e 38.

³³CARVALHO, op. cit., 2019, p.62.

Entretanto, é patente que qualquer pessoa jurídica que busque implementar um sistema de *compliance* não é composta apenas da alta administração, razão pela qual é necessário também, a utilização de instrumentos de fiscalização e identificação de riscos, junto aos demais setores ou prepostos sejam eles integrantes da franqueada quanto do franqueador.

Em um sistema de franquia em que há autonomia entre o franqueador e franqueado, e que se tratar de empresários independentes entre si (apesar dos reflexos considerados no primeiro capítulo deste artigo) a estrutura de setores e prepostos é dispersa e complexa, o que invariavelmente, coloca óbices a implementação de um bom sistema de *compliance*.

Em virtude dessas considerações os mecanismos do sistema de *compliance* atenderiam de forma mais eficaz as necessidades das *franchisings* no primeiro momento seria através de treinamentos corporativos periódicos envolvendo tanto funcionários do franqueador quanto do franqueado, desta forma, é possível que o *franchisor* além de difundir os comportamentos e políticas de seu código de ética, tenha, também, contato com ocorre dentro de cada uma de suas franqueadas, conhecendo como aqueles prepostos atuam e, até mesmo, podendo verificar pontos de risco antes não percebidos.

Com a instituição de treinamentos corporativos periódicos é possível difundir a cultura do *compliance* que tem que ser incutida na sociedade empresária quase de forma artesanal, fazendo com que cada funcionário tenha aquelas condutas internalizadas em sua atuação cotidiana e, ainda, demonstrar para os prepostos que de fato a franquia é comprometida com o seu código de conduta, com a ética, moral e boas práticas, e que o código de conduta não é um mero adorno na prateleira da empresa.

De se indagar, nessa ordem de ideias, de que adiantaria um treinamento corporativo se o preposto que internalizou as boas práticas e consegue averiguar uma conduta em desacordo com os princípios da franquia, não se sentir seguro e amparado pelo franqueador, imagine a situação de um funcionário do franqueado ao verificar que dentro daquela *franchise* na qual atua vem ocorrendo em práticas lesivas, ora, esse empregado não foi contratado e não responde ao *franchisor*, já que lembre-se são empresas independente e sem qualquer hierarquia entre si, podendo vir a se sentir vulnerável a possíveis retaliações por aquele.³⁴

Sob tal angulação é necessário que seja posta à disposição um canal de denúncias que poderá ser uma pessoa física ou jurídica externa, cumpre nesse passo esclarecer a importância da disponibilização de tal instrumento para a verificação se as boas práticas vêm sendo adotadas pelas sociedades, esse instrumento é um dos principais quando se trata de verificação de fraudes

³⁴ALVIM, Tiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Linha ética: funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.169.

e má práticas corporativas, outro não é o escólio dos ilustres Tiago Cripa e André Carvalho ao explicar:

a denúncia é uma forma mais comum de evitar fraudes do que os sistemas de controle e auditoria interna. Consoante o supramencionado estudo da ACFE, por meio de uma série histórica, é possível verificar que a “dica” ou a “denúncia” é responsável por cerca de 40% da detecção inicial de fraudes ocupacionais (*occupational fraud*) ou fraudes corporativas³⁵

Desta forma, o canal de denúncia terá “dupla função: viabilizar a denúncia enquanto assegura a quem o aciona a segurança do anonimato”³⁶ acredita-se que uma boa forma de garantir segurança para o denunciante será uma “espécie de estabilidade por um determinado período ao empregado no caso de denúncias mais graves”.³⁷

Aqui se faz necessário uma ressalva, já que no caso das franquias há a possibilidade de rescisão da franquia, sendo certo que dependendo da gravidade da denúncia esse instrumento poderá vir a ser utilizado, todavia, em tais casos, reitera que deve ser assegurado estabilidade ao denunciante.

CONCLUSÃO.

Partiu-se dos seguintes questionamentos, primeiramente, se o risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013, englobaria também os atos ilícitos cometidos pelo franqueado? Se o artigo 7º, VIII, da Lei nº 12.846/15 tem eficácia para reduzir os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais, cíveis ou administrativos? E por fim, indagou-se como implementar um sistema de *compliance* efetivamente capaz de vir a reduzir ou até mesmo excluir as sanções penais, administrativas e cíveis aplicadas a sociedade franqueadora?

Diante de todo o exposto, verificou-se que a franqueadora apesar de ser uma sociedade independente da franqueada, pode vir a responder por ilícitos cometidos por essa, já que se tratam de sociedades intrinsecamente relacionadas entre si, podendo, ainda, que indiretamente se beneficiar do ilícito.

Assim, diante do alto risco de aos dirigentes da *franchisor* e a dela mesma vir a responder por atos da *franchise*, se deve adotar mecanismos que possam reduzir ou até mesmo excluir tal responsabilização seja penal, civil ou administrativa. Como visto, no que pese o

³⁵Ibidem, p.165.

³⁶Ibidem, p.157.

³⁷Ibidem, p.169.

sistema de *compliance* ter sido instituído por norma com eficácia limitada e não bastar a sua mera adoção para que venha ser considerado eficaz e ser capaz de minimizar a implicação sociedade em ilícitos praticados pela franqueada, é esse o sistema que a própria Lei nº 12.846/15 traz como uma excludente de culpabilidade da pessoa jurídica, razão pela qual deve a franqueadora buscar atentamente e cuidadosamente os mecanismos a serem adotados para que a implementação do *compliance* traga maior efetividade possível.

Diante da complexidade dos contratos de franquia e de sua forma operacional a franqueadora não tem um tarefa fácil na implementação de um sistema de *compliance* eficaz, devendo, ter ao seu lado um excelente *compliance officer*, e, principalmente, conhecer e confiar naqueles com os quais venham a ser seus franqueados, garantindo que estes tenham sempre em mente as políticas, padrões éticos e morais da *franchisor*, bem como garantir o treinamento de seus prepostos inspirando-os confiança e segurança para que venham, caso necessário a realizar denúncias sobre a pratica de ilícitos junto a franqueadora.

Conclui-se que com a implementação dos mecanismos apontados ao longo deste artigo a sociedade franqueadora terá desenvolvido um programa de *compliance* de forma eficaz à luz das especificidades e complexidade dos contratos dos sistemas de franquia, sendo este capaz de reduzir ou até mesmo excluir a responsabilidade que, eventualmente, a *franchisor* venha a ser implicada, pelos atos ilícitos praticados pela *franchise*.

REFERÊNCIAS

ABREU, Beatriz Cesario. *Compliance: breve esboço jurídico sobre a lei anticorrupção*. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4952/1/TCC_Beatriz%20Abreu.pdf> Acesso em: 24 set. 2019.

AMARAL, Luiz Henrique. *A nova lei anticorrupção e seu impacto nas franquias*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/nova-lei-anticorruptao-e-seu-impacto-nas-franquias/>> Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União, *A responsabilidade Social das Empresas no Combate a Corrupção* Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

DAVID, Décio Franco. BUSATO, Paulo César, REINALDET, Tracy Joseph *Compliance e direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

BERTOCCELLI (org.) et al, *Manual de compliance*. São Paulo: Forense. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPLIANCE TOTAL. *Norma ISO de compliance e Lei Brasileira – o que você precisa saber para não ser surpreendido*. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/14/norma-iso-de-compliance-e-lei-brasileira-o-que-voce-precisa-saber-para-nao-ser-surpreendido>> Acesso em: 21 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO NETO, Gilberto. *Contratos de franquia - Responsabilidade civil do franqueado*. Disponível em: <https://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/contratos-franquia-responsabilidade-civil-franqueado.htm#capitulo_7.1> Acesso em: 24 set. 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOBIAS, Afonso Celso B. *O que é “DUE DILIGENCE”?* Disponível em: <<http://www.cavalcanteassociados.com.br/utd/UpToDate250.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2020.

XAVIER, Christiano Pires Guerra, *Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12846/13 – Elementos e estudo do caso*. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.