



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA PINHEIRO DE MEDEIROS NETTO

COMPLIANCE PÚBLICO: UMA VISÃO CRÍTICA

Salvador
2017

LARA PINHEIRO DE MEDEIROS NETTO

COMPLIANCE PÚBLICO: UMA VISÃO CRÍTICA

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Geovane de Mori Peixoto

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LARA PINHEIRO DE MEDEIROS NETTO

COMPLIANCE PÚBLICO: UMA VISÃO CRÍTICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma tarefa sempre muito difícil. E não poderá ser diferente de outras vezes, devo sempre o meu primeiro obrigado àqueles que nunca me faltaram, e sempre me apoiaram em todas as minhas jornadas, o meu eterno agradecimento e amor aos meus pais Silvia e Rogério de Medeiros Netto.

A Deus, por me amparar e me dar forças para superar os momentos difíceis, e me guiar no caminho certo suprindo todas as minhas dificuldades.

Ao meu orientador professor Geovane de Mori Peixoto, por acreditar no meu trabalho, mostrando o caminho certo a ser percorrido nesta jornada acadêmica.

A todos os amigos, que não nominarei, para não correr o risco de esquecer ninguém, sintam-se todos homenageados, pois o que seria de nós se não tivéssemos os amigos para todos os momentos.

“Chamamos de ética o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando todos estão olhando. O conjunto de coisas que as pessoas fazem quando ninguém está olhando chamamos de caráter.”

Oscar Wilde

RESUMO

Essa pesquisa se destina a análise da aplicação dos programas de *Compliance* no setor público, a partir das suas estatais, apresentando-se uma visão crítica acerca do instituto. Adotou-se o método de investigação dedutivo, cujos materiais se pautaram em doutrinas, artigos e legislações vigentes. A questão principal a ser analisada é a seguinte: O *Compliance* é adequado e suficiente para combater a corrupção na administração pública? Em relação ao *Compliance*, podemos dizer que expressa ideia de “conformidade” e consiste em políticas e procedimentos criados para detectar, combater e corrigir irregularidades ocorridas no âmbito empresarial, geralmente associadas a práticas corruptas. É um sistema de prevenção e detecção de violação às leis, regulamentos e políticas da empresa com a finalidade de desenvolver uma cultura de ética, integridade e prevenção de atos ilícitos. Em verdade, o *compliance* traduz as bases da governança corporativa. A corrupção é uma realidade em todo o mundo, mas não se trata de um fato recente, pois a história aponta para inúmeros registros de ocorrência de atos desta natureza. Assim, busca-se analisar o novo paradigma das empresas estatais a partir da Lei Anticorrupção (Lei 12.843/2013) e do Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016). Com efeito, os resultados das análises das motivações que permitiram a concepção e a aplicação da governança corporativa no setor público estão relacionadas com as sérias dificuldades que a administração pública tem para tornar efetivas as suas ações que, em geral, são morosas e inflexíveis; o que reflete na qualidade dos serviços públicos ofertados à população. Por isso, entende-se que o equilíbrio entre o *Compliance* e o *Accountability* parece ser um caminho razoável para mitigar a corrupção.

Palavras-chave: corrupção; *Compliance*; Lei Anticorrupção; Estatuto das Estatais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CEF	Caixa Econômica Federal
CNEP	Cadastro Nacional de Empresas Punidas
CF/88	Constituição Federal da República
CMPGC	Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IFAC	Internacional Federation of Accountants
inc.	Inciso

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	NOTAS HISTÓRICAS ELEMENTARES SOBRE A CORRUPÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO <i>COMPLIANCE</i> NO MUNDO	14
2.1	CONCEITO DE CORRUPÇÃO	15
2.2	EVOLUÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO A PARTIR DOS MARCOS JURÍDICOS	19
2.2.1	Marco Constitucional	19
2.2.2	Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)	21
2.2.3	Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)	26
2.3	PROBIDADE E ÉTICA	26
2.4	SURGIMENTO DO COMPLIANCE NO MUNDO	29
2.4.1	Foreign Corrupt Practices Act (Lei sobre Práticas de Corrupção no Exterior)	31
2.4.2	UK Bribery Act (Lei contra Subornos do Reino Unido)	32
3	LEI 12.843/13 E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE	34
3.1	LEI 12.846/13 “LEI DA EMPRESA LIMPA”	41
3.2	DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	48
3.3	DEFINIÇÃO DO TERMO <i>COMPLIANCE</i>	49
3.4	ELEMENTOS QUE INTEGRAM OS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	51
4	<i>COMPLIANCE</i> PÚBLICO: UMA VISÃO CRÍTICA	55
4.1	DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIETÁRIO	60
4.2	O ESTADO EMPRESÁRIO	65
4.2.1	Empresas Públicas	68
4.2.2	Sociedade de Economia Mista	69
4.3	GOVERNANÇA CORPORATIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	70
4.4	O NOVO PARADIGMA DAS EMPRESAS ESTATAIS A PARTIR DA LEI 13.303/2016	74
4.5	O <i>COMPLIANCE</i> ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	78
5	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O setor empresarial, desde as suas primícias, revela-se como um ramo dinâmico e em constante evolução, o que denota sua elevada complexidade. Nesse sentido, quando se leva em conta o caráter complexo do ramo, observa-se um conjunto de elementos que o compõe, tais como: as relações interpessoais estabelecidas, as constantes e por vezes volumosas transações financeiras realizadas e, notadamente, a diversidade de particulares nos mais diversos cargos e funções e com variáveis graus de responsabilidade e capacidade de alteração dos cenários aos quais estão inseridos.

Por conseguinte, está-se diante de um setor cujo elevado grau de susceptibilidade aos desvios de conduta, o homem jamais estará imune. Isto porque as relações empresariais estão intimamente atreladas às relações interpessoais, não raro embasadas em emoções, anseios e fraquezas inerentes a condição de ser humano.

Desse modo, com o passar dos anos percebeu-se que tais desvios de conduta acarretavam significativos prejuízos às empresas e ao setor empresarial, tendo em vista que além de representarem infrações legais, como corrupção e suborno, as sanções dali decorrentes prejudicavam financeira e estruturalmente os envolvidos.

Diante dessa conjuntura, buscou-se combater a corrupção em âmbito empresarial sob uma perspectiva global, por meio da edição de conjuntos normativos, com vistas à proibição e a penalização das condutas infratoras cometidas no meio empresarial, principalmente os atos de corrupção e suborno.

Nesse contexto, a primeira legislação a abordar o tema e a positivar as prescrições legais a serem adotadas nesses casos remonta o ano de 1970 e ficou mundialmente conhecida como *Foreign Corrupt Protection Act (FCPA)*, legislação estadunidense que objetivou a repressão e punição das práticas de corrupção cometidas por pessoas jurídicas naquele país.

Trazendo-se a discussão sobre combate às práticas de corrupção para o cenário brasileiro, sabe-se que a corrupção esteve presente no país desde os primórdios do descobrimento. Contudo, é a partir da abertura comercial no início da década de 1990, sobretudo quando o Brasil passa a ocupar uma posição de destaque no plano internacional, passando a sofrer pressões da comunidade internacional para implementar uma política que atendesse ao padrão de transparência e combate à corrupção no setor empresarial nos moldes

da adotada pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial o americano, que serviu de modelo para diversos países.

Atualmente vige a Lei 12.846/2013, também denominada de “lei da empresa limpa”, cujo enfoque se dá justamente no combate à corrupção, estabelecendo sanções para as pessoas jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Dentre as inovações trazidas pela referida lei, tem-se o art. 7º, inciso VIII que disciplina o instituto do *Compliance*, isto é, prevê 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.

Ora, a definição do polo passivo não contempla agentes públicos, apenas empresas privadas e equiparadas. Logo, não seria Lei 12.846/2013 uma lei anticorrupção, em verdade seria uma lei de improbidade empresarial. Ocorre que o bem jurídico tutelado é a ética no serviço público, então é possível aplicar os programas de *Compliance* na administração pública, na medida em que a Administração Pública no Brasil é corrompida, porém é igualmente corruptora.

Entretanto, em postura completamente contraditória, o mesmo Estado brasileiro que exige legalmente das empresas que pretendam com ele contratar a adoção de rígidos programas internos de controle e integridade, não investe em programas de gestão preventiva anticorrupção. Portanto, resta claro a premente necessidade de se reavaliar as ações do poder público no que tange ao combater a corrupção, não apenas no plano estritamente normativo, mas, em especial, na aplicação factual da norma anticorruptiva.

Destarte, é forçoso reconhecer o grande desafio da Administração Pública brasileira no que concerne a implantação de programas de *Compliance* de natureza pública, adequado a realidade estatal, criando-se estruturas responsáveis pela educação efetiva do gestor público, fortalecendo a criação de uma cultura de boa governança.

Por outro lado, as diferenças de logística e de estrutura entre os setores público e privado não são fatores impeditivos para a implantação de programas de *Compliance*. Isso porque em ambas as estruturas administrativas, há o desenvolvimento de atividades-meio (econômicas) muito semelhantes, diferindo apenas em sua finalidade.

No entanto, há quem defenda que seria uma grande farsa formalizar ainda mais a relação pública/privada com a adoção dos programas de *Compliance*, uma vez que os

princípios da impessoalidade e o da supremacia do interesse público seriam intrínsecos às atividades públicas, independente dos procedimentos de *Compliance* ou e de leis punitivas.

Sendo assim, burocratizar o Estado, com o esforço de perfazer a impessoalidade do agente público, não garantiria a sua implementação, posto que os processos ou procedimentos administrativos não seriam, por si só, capazes de obstar qualquer desvio de finalidade, salvo se o interesse público estivesse enraizado na vontade administrativa.

Ante o exposto, questiona-se: o *Compliance* é adequado e suficiente para combater a corrupção na Administração Pública?

Assim, o escopo precípua deste trabalho é refletir sobre a adoção dos programas *Compliance* na administração pública, haja vista sua utilização mais recente no mundo corporativo para conceituar o emprego de práticas internas cujo propósito é assegurar a observância de normas, sejam elas regras ou princípios, inseridas em um contexto de gerenciamento e prevenção de riscos. Todavia, o presente estudo propõe uma visão crítica acerca do instituto do *Compliance*, uma vez que não há boa prática que impeça atividade desonesta.

Como objetivos específicos têm-se:

- a) examinar com brevidade a evolução história do *Compliance* no Brasil e no mundo;
- b) identificar o conceito de *Compliance*;
- c) analisar os elementos que compõe os programas de *Compliance*;
- d) refletir sobre a aplicação do instituto do *Compliance* na Lei 12.846/2013;
- e) ponderar se há vantagem ou não para as empresas públicas ou privadas na utilização dos programas de *Compliance*;
- f) identificar quais princípios do direito administrativo incidem na efetivação dos programas de *Compliance*;
- g) apresentar os pontos de confluência entre o Direito Administrativo e o Direito Societário;
- h) expor o regramento contido no Estatuto das Estatais no que se refere aos programas de *Compliance*;

- i) demonstrar a utilização do *Compliance* como instrumento da Governança Corporativa;
- j) propor uma visão crítica sobre o *Compliance* na Administração Pública.

Nos últimos anos, o Brasil tem sido alvo de inúmeras notícias sobre corrupção de forma generalizada, principalmente, no tocante a escândalos de desvios de verbas públicas praticados pelos próprios governantes, de forma a comprometer não só o erário, como também o patrimônio das pessoas que vivem em um momento de extrema crise financeira.

Nota-se que existem diversos dispositivos que coíbem a corrupção no contexto atual, contudo, na prática, o que se verifica é que não adianta, pura e simplesmente, criar leis para evitar a prática de atos corruptivos. O que se busca realmente é a efetividade da lei na aplicação ao caso concreto.

Assim, em meados do mês de junho do ano de 2013, milhares de pessoas foram as ruas reivindicar o extermínio da corrupção no país, fazendo o uso de prerrogativas e liberdades individuais. Por conta disso, o legislador entendeu pela necessidade de elaboração de mais uma lei.

Nesse contexto, em 1º de agosto do ano de 2013, fora publicada a Lei 12.846, a qual dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira sendo denominada por Lei Anticorrupção. Dentre as inovações trazidas pela referida norma, tem-se a aplicação e os efeitos ocasionados pelo instituto jurídico do *Compliance*, que dela decorre.

O *Compliance* atua como verdadeiro instrumento de integração das bases da Governança Corporativa, quais sejam: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. Neste diapasão, as boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando os interesses da empresa com o propósito de mitigar os riscos, preservar a sua credibilidade perante o mercado, facilitando o acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade. Porém, sabe-se que a necessidade de se ter uma administração socialmente responsável não se aplica somente às empresas privadas, mas, sobretudo às administrações públicas.

Diante disso observa-se a importância do tema no âmbito do direito, já que o instituto do *Compliance* impõe uma reinterpretação do sistema jurídico, a partir da inovação legislativa, Lei 12.846/13, promovida no combate à corrupção. E, em decorrência dessa mudança legislativa, é preciso que se construa uma nova análise acerca atuação das empresas

públicas e sociedades de economia mista no combate à corrupção dentro das suas próprias estruturas.

Por conseguinte, o tema apresenta relevância social em face da emergência de um novo modelo de desenvolvimento tornando-se imprescindível compreender o papel das administrações públicas no Brasil e sua importância no processo de transformação social pautado em uma postura ética e de transparência nas suas ações.

Este estudo está dividido em três partes. A primeira parte trata das questões elementares sobre a corrupção e a evolução do *Compliance* no mundo. Desse modo, apresenta-se o conceito de corrupção, bem como a evolução a partir dos marcos jurídicos, dando especial ênfase a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). Além disso, aborda-se a temática relativa aos conceitos de ética e probidade, como desdobramento das noções expostas acerca da corrupção. Posteriormente, evidencia-se o surgimento do *Compliance* no mundo a partir das duas legislações pioneiras, quais sejam: *Foreign Corrupt Practices Act* e *Uk Bribery Act*.

Na segunda parte, aborda-se a inserção dos programas de *Compliance* na Lei Anticorrupção, Lei 12.843/13. Nesse sentido, discorre-se acerca do conceito de *Compliance*, assim como os elementos que o compõem, a citar: participação da alta administração nos programas de integridade, análise de risco, procedimentos de “*due diligence*”, implantação e fiscalização do cumprimento dos preceitos contidos no código de ética, acessibilidade a cursos e treinamentos periódicos, canal de denúncias, revisão periódica dos mecanismos implantados na empresa.

A terceira parte é justamente o núcleo central da pesquisa, na medida em que se espelha a visão crítica do *Compliance* no setor público. Para tanto, expõe-se a proposta hermenêutica no sentido de aplicação adaptada dos princípios da administração pública previstos no caput do art. 37 da CF/88, atrelando-os aos aspectos da governança corporativa. Ademais, admite-se a existência de um sub-ramo do direito, comum tanto ao Direito Administrativo, como ao Direito Societário, denominado de Direito Administrativo Societário. Este ramo híbrido da dogmática jurídica se manifesta com a atuação do Estado na economia, através de pessoas jurídicas estatais, isto é, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Após a apresentação dos pontos de interseção entre o Estatuto das Estatais e a Lei 6.404/76, Lei de Sociedades Anônimas, será feita uma análise distintiva entre as pessoas

jurídicas de direito privado que compõem o aspecto empresarial do Estado. Na sequência, será analisada a aplicabilidade dos conceitos da governança corporativa na administração pública, diante do contexto atual que demanda eficiência, responsabilidade, ética, transparência e prestação de contas.

Também serão apresentadas as disposições relativas ao *Compliance* no Estatuto das Estatais, instrumento que se dedica a disciplina da adoção de parâmetros de governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial, licitações e contratações praticadas pelas estatais. Por fim, haverá uma discussão envolvendo o *Compliance* como instrumento de combate a corrupção na administração pública.

2 NOTAS HISTÓRICAS ELEMENTARES SOBRE A CORRUPÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO *COMPLIANCE* NO MUNDO

No Brasil, a sociedade observa atônita a corrupção, o descaso com o dinheiro público e a prestação de serviços essenciais, que ficam aquém de suas expectativas.

Não é a toa que, segundo o levantamento realizado pela *Transparency International*, o Brasil ocupa a 76ª colocação, ficando atrás apenas de países como Namíbia e Botsuana em relação ao nível de corrupção, considerando ao todo 174 países. O estudo concluiu que a corrupção extrapola a noção de furto e roubo do dinheiro público, adentrando-se, aliás, na falta de lisura de um país e a sua associação com os problemas atrelados ao déficit de desenvolvimento humano, mão de obra escrava e infantil, tráfico de pessoas e animais silvestres, destruição ambiental, aumento da ineficiência dos sistemas econômico e político, dentre outros atos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016).

Ora, o combate à corrupção sempre foi um problema social presente em todas as sociedades, contudo “A partir da década de 1990, o combate à corrupção aumentou de forma bastante acentuada no mundo, atrelada às iniciativas de contenção por parte dos governos, sociedades civis e também das empresas” (ASSIS, 2016, p. 16).

Observa-se que com a ocorrência dos grandes escândalos de corrupção, muitos países desenvolvidos e até mesmo os países em desenvolvimento preocuparam-se em tratar a corrupção como uma grave ameaça à estabilidade e à segurança de toda a coletividade, sendo um significativo elemento de inibição ao desenvolvimento político, econômico e social à democracia (ROCHA, 2008, p. 23).

Na recente história mundial, a corrupção empresarial tem ganhado destaque no cenário internacional, uma vez que os escândalos corporativos ocorridos tiveram um impacto na sociedade no que diz respeito à corrupção perante a administração pública (ASSIS, 2016, p. 16-17).

Por exemplo, Alcoa, Weatherford International Ltd. e Wal-Mart Stores Inc., todas foram surpreendidas corrompendo funcionários públicos estrangeiros. A Siemens AG, companhia alemã, da mesma forma, foi processada e julgada por corromper entes da administração pública, incluindo o Brasil, tendo que pagar uma multa de aproximadamente US\$ 800 milhões de dólares (XAVIER, 2015, p. 17).

Neste aspecto, a corrupção é um grave problema social, tendo em vista que repercute também no ordenamento jurídico brasileiro, causando inúmeros transtornos aos cofres públicos e a todas as esferas populacionais. Assim, a percepção da corrupção como um

problema social ganha maior centralidade, apesar da gravidade do momento econômico vivido pelo país, pelo simples motivo:

[...] quando a precarização dos indicadores econômicos é colocada frente aos intermináveis casos de desvios de dinheiro público em políticas de saúde e de educação, cometidos em governos de diferentes partidos e repercutido exaustivamente nas mais diferentes mídias, fica cada vez mais evidente para a comunidade que demanda tais serviços que a falta de médicos, de remédios, de livros e de professores, além das condições de infra-estrutura das unidades de saúde e escolas, dentre tantas outras questões, estão no pacote dos problemas decorrentes da corrupção uma vez que a justificativa padrão dos governantes para a precarização dos serviços e a ausência de bons profissionais é a falta de recursos financeiros (TEIXEIRA, 2015, p. 1).

Pontua-se que o enfrentamento a corrupção não se restringe a uma questão moral ou de substituição do governante que esteja no poder para que o problema seja resolvido, limitar-se a elas seria simplificar a complexidade do problema, já que o desafio também é de gestão. Portanto, é necessário aumentar a transparência nos assuntos públicos, adotando uma melhor governança e desenvolvendo novos mecanismos de gestão mais eficazes no combate as vulnerabilidades identificadas. Obvio que isso se agrega a maior celeridade do Poder Judiciário na apreciação dos casos e punições exemplares que reflitam a noção de que os custos pessoais e financeiros para as empresas não compensariam os atos corruptos (TEIXEIRA, 2015, p. 1).

Nesse sentido, a classe política certamente também sopesaria seus custos eleitorais, visto que eles se movem dentro de uma estrutura onde consentimento dos cidadãos, sob a forma do voto, é que permitirá a permanência ou não no poder. Porém, o que se tem verificado é que os casos de corrupção são frequentes onde a gestão não agiu como deveria e que, a solução adotada para resolver os escândalos de corrupção foi a simples substituição de governantes sem modificar de forma substancial os mecanismos de gestão. Daí surge a necessidade de os cidadãos terem a sua disposição todo um aparato democrático como: planos de metas, leis de acesso a informação, portais de transparência e instrumentos de *accountability* para que possam pedir responsabilização de quem quer que seja a autoridade colocada em questão (TEIXEIRA, 2015, p. 2).

2.1 CONCEITO DE CORRUPÇÃO

Porquanto o presente estudo possua um viés científico, torna-se oportuno tratar a ideia de corrupção a partir de outros aspectos. Assim, traz-se à tona uma definição popular, decorrente de um dicionário tradicional da Língua Portuguesa, que conceitua referido verbete da seguinte forma (HOLANDA FERREIRA, 2013, p. 123):

- a) ação ou efeito de corromper; decomposição, putrefação;
- b) depravação, desmoralização, devassidão;
- c) sedução;
- d) suborno. Var: corrupção.

Por sua vez, “O senso comum associa a palavra corrupção a algo ruim, que ocasiona danos e que prejudica toda a coletividade. A corrupção traz a ideia e a associação de algo em decomposição, em estado de putrefação, depravação, desmoralização, da sedução e do decorrente e absoluto suborno” (ASSIS, 2016, p. 17).

A partir da análise das duas perspectivas conceituais, é possível inferir que a corrupção está sempre ligada ao ato de corromper, de adulterar as características originais, bem como deteriorar, obter vantagens indevidas sobre alguém ou sobre algo. Neste diapasão, o vocábulo corrupção na vertente jurídica corrobora a percepção decorrida dos sentimentos de trapaça, velhacaria, logro, obtenção de vantagem ilícita, fraude, suborno, nepotismo, falsificação (ASSIS, 2016, p. 18).

Sucedese que, a ampla gama de atos corruptivos acaba por criar uma dificuldade em se chegar numa definição equânime e consensual, dado que a palavra em questão abarca desde o pequeno desvio de comportamento, chegando-se à impunidade do crime organizado, sobretudo se tratando de atos praticados pelos entes estatais (ASSIS, 2016, p. 18).

Convém apresentar a definição proposta por Mendieta (1999, p. 25). O autor traz quatro grupos de definições técnicas sobre o conceito de corrupção: grupo interligado ao desvio de conduta do funcionário que incorre em abuso de autoridade visando lograr um benefício de cunho particular; o grupo que é definido pelo mercado, objetivando à análise econômica daquilo que é entendido como corrupção e os seus efeitos; o terceiro grupo que seria aquele formado por pessoas que levam em consideração a lesão aos interesses públicos; e o quarto grupo, interligado aos conceitos daqueles funcionários públicos que praticam condutas criminosas.

Desse modo a definição de corrupção explanada pelo autor supracitado demonstra que cada grupo, com finalidades distintas, terá um conceito próprio para o termo. Com efeito, a definição de corrupção emanada por um economista será absolutamente diferente da definição de um sociólogo, que por seu turno, será absolutamente distinta da definição de um jurista, e assim, sucessivamente.

A corrupção também poderá transcorrer com a relação entre dois indivíduos ou um grupo de indivíduos, cujo propósito é de subordinação, compreendendo a movimentação de uma renda que não está dentro dos preceitos normativos. Dessa forma, “Corrupção é a prática do uso do poder do cargo público para a obtenção de ganho privado, à margem das leis e regulamentações em vigor” (ANDRESKI, 1968, p. 92)”. Ou ainda, “corrupção é o comportamento de agentes públicos, que foge das normas aceitáveis, para atingir fins privados” (HUNTINGTON, 1968, p. 59).

No Código Penal Brasileiro, a corrupção passiva, refere-se ao ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”, conforme artigo 317.

Em contrapartida, a corrupção ativa, disposta no artigo 333 do Código Penal Brasileiro, associa-se ao ato de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Sendo assim, o crime de corrupção, associa-se ao abuso de funções, já que visa à sujeição de bens públicos. O Estado enquanto vítima do ato de corrupção é uma entidade abstrata ante a “impossibilidade de distinção do ofendido porque alcança os bens públicos, o contrato social, além dos princípios basilares para a sustentação de uma sociedade justa e que respeita a dignidade da pessoa humana, de modo igualitário, integro eficaz, e transparente” (ASSIS, 2016, p. 19).

Os atos de corrupção causam na sociedade o espírito de repulsa e condenação, principalmente no que tange aos casos de corrupção perpetrados por agentes públicos ou por um político democraticamente eleito, assim como tem acontecido atualmente, por conta o atual momento político decorrente dos resultados da operação Lava Jato. Entretanto, não se pode vincular a corrupção apenas aos atos praticados pelos políticos e pelas elites econômicas (ASSIS, 2016, p. 19-21).

É importante ressaltar que tal crime pode ser efetuado por todos os servidores públicos, bastando que se valham da sua posição para obter ganhos subtraindo renda ou demais vantagens daqueles que corromperam a lei, além dos demais cidadãos, que mediante pequenos atos taxados como inofensivos, que também são equiparados a corrupção, embora não se compare ao cometimento do crime em larga escala. Dentre os atos exercidos por todos os membros da sociedade, estão as pequenas condutas ditas “inofensivas”, como: cortar fila

em um banco, colar numa prova, falsificar atestado médico, dentre outros (ASSIS, 2016, p. 20).

Mas, voltando-se para o viés jurídico, o Código Penal brasileiro no combate ao crime de corrupção, objetiva evitar que os funcionários da Administração Pública se corrompam e conseqüentemente prejudiquem a Administração Pública, em conformidade com o que já foi exposto anteriormente, na redação do artigo 333, tutelando a probidade da administração.

A norma jurídica penal também traz a hipótese do sujeito ativo do crime ser o funcionário público, sem distinção de classe ou categoria, podendo ser típico ou equiparado (art. 327 do Código Penal), ainda que afastado do seu exercício. Assim, o crime pode ser praticado por qualquer pessoa, até mesmo um funcionário público que não esteja mais em atividade, conforme explica Bitencourt (2012, p. 126):

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, ao contrário da corrupção ativa, que pode ser praticada por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial. Pode figurar como sujeito ativo aquele que, mesmo não se encontrando no exercício da função pública, utiliza-se dela para praticar o crime, ou se encontre temporariamente afastado, como, por exemplo, férias, licença, etc.

Prossegue:

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município), bem como a entidade de direito público, além do particular eventualmente lesado, quando, por exemplo, o funcionário público solicita a vantagem indevida, não ofertada nem prometida por aquele, não configurando, portanto, a corrupção ativa (BITENCOURT, 2012, p. 127).

Quando a lei adjetiva penal define a conduta corruptiva em "oferecer ou prometer vantagem indevida", depreende-se que a corrupção pode se configurar tanto nas ocasiões onde a pessoa verbalmente o pratica, quanto na hipótese de deixar um dinheiro sobre a mesa ou até mesmo quando se envia determinado valor por carta. Ressalte-se que delito só será consumado no momento em que a oferta ou a promessa levar o funcionário a deixar de praticar, retardar ou executar o ato de ofício (ASSIS, 2016, p. 22).

No tocante ao crime de corrupção passiva, positivado no art. 317 do Código de Processo Penal, considera-se praticada infração penal na ocasião em que o agente ao receber a determinada vantagem ou oferta deixa de praticar e retarda ou pratica ato de ofício, configura crime de corrupção ativa qualificada, cuja pena é aumentada em um terço para o corruptor. Por consequência, caso o servidor público aceite a promessa ou a recompensa a ele proposta, configura-se os dois delitos, quais sejam: corrupção passiva por parte do funcionário público e corrupção ativa por parte do particular (ASSIS, 2016, p. 23).

Isto posto, o bem jurídico que se pretende tutelar é o regular funcionamento da administração pública, tendo em vista a preservação dos os princípios da moralidade e da probidade administrativa.

2.2 EVOLUÇÃO DO COMBATE A CORRUPÇÃO A PARTIR DOS MARCOS JURÍDICOS

A finalidade deste tópico é fazer um recorte das principais construções jurídicas na história recente do Brasil, que têm como propósito claro o combate à corrupção, aliada a inserção da persecução à improbidade administrativa. São três os marcos jurídicos que interessam a esta pesquisa: a Constituição Federal de 1988, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Não obstante o recorte do presente estudo, identifica-se a existência de outros diplomas legais importantes para este objetivo, como por exemplo: Lei de Responsabilidade por Crimes Políticos (Lei 1.079/1950), a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), Lei da Ação Civil pública (Lei 7.347/1983), Lei Geral de Licitação (Lei 8.666/1993), Lei Contra a Compra de Votos (Lei 9.840/1999), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), entre outros diplomas legais que indiretamente objetivam o combate à corrupção, tendo como maior exemplo o Código Penal (PEIXOTO, 2016, p. 25).

Primeiramente será analisada a previsão constitucional sobre a improbidade administrativa.

2.2.1 Marco Constitucional

No intento de tutelar a moralidade e a coisa pública, a Constituição Federal de 1988 prescreve em diversos momentos o combate à improbidade administrativa. Por exemplo, o art. 14º § 9º dispõe que:

A Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Posteriormente o art. 15, v vai dizer que “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

Nesse sentido o art. 85 normatiza os crimes de responsabilidade. Desse modo “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração”.

Além dessas disposições explícitas, é inconteste a conexão das disposições constitucionais da Administração Pública com a compreensão de moralidade que interpõe-se a improbidade administrativa, como a previsão de concurso público para provimento de cargos (art. 37, II) e a obrigatoriedade de licitar (art. 37, XXI), por exemplo, sem deixar de mencionar todos os princípios constitucionais da Administração Pública dispostos no caput do art. 77, quais sejam: legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

Existe também a previsão de direitos fundamentais dirigidos à manutenção da probidade, todos resguardados no texto da Constituição Federal de 1988, e com o escopo de instrumentalizar o cidadão para pleitear a proteção da moralidade, como por exemplo: direito de petição aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIV, a), o direito à obtenção de informações de interesse coletivo (art. 5º XXXIII), o direito à interposição de mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX), o direito à proteção contra as omissões pela via do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a proteção coletiva pela ação popular (art. 5º, LXXIII), ou pela ação civil pública (art. 129, III).

“A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, §4º, prescreve a criação de uma lei para identificar os atos que caracterizem o ilícito denominado de improbidade administrativa” (OSÓRIO, 2013, p. 98). Assim, a partir da leitura do dispositivo, resta claro que há distinção do ilícito ali caracterizado em relação aos ilícitos penais, sem que haja relação de hierarquia, por efeito a natureza jurídica diversa. Ademais, o “ilícito civil de improbidade administrativa, com os contornos que tem no nosso ordenamento jurídico, é *sui generis*: só existe no Brasil” (GIACOMUZZI, 2013, p. 292).

Nota-se, portanto, que a carta magna brasileira incorporou uma ideologia constitucional de probidade administrativa, uma vez que:

O constituinte originário ao frisar em diversas disposições espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional a referida ideologia, ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, aos direitos políticos, à Administração Pública, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Ministério Público, deixou clara a opção ideológica da Constituição Cidadã: a probidade na Administração Pública, em todos os níveis. Trata-se de um ‘valor superior’, ou seja, de um daqueles ‘valores axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio da ordem jurídica (BERTONCINI, 2010, p. 5).

Em face da adoção de uma ideologia de valorização da probidade administrativa, agregada com a ratificação pelo Brasil de Tratados Internacionais de combate à corrupção, com especial referência à Convenção Interamericana Contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002) e à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006), pode-se dizer que “a partir dos primórdios do século XXI, pode-se afirmar que estamos diante de um direito público subjetivo dos povos e nações, em outras palavras, um novo direito fundamental: o direito fundamental à probidade administrativa” (BERTONCINI, 2010, p. 13).

Assim sendo, reconhecer a existência do direito a um governo honesto “constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura” (PLATES, 2011, p. 86-87), além da sobreposição de respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente a impessoalidade, a moralidade e a legalidade.

Entretanto, isso não significa que existe um direito fundamental específico que zele pela imposição de um governo honesto, “mas sim de um complexo de direitos e garantias que reúne todas as prerrogativas que o indivíduo tenha para poder exigir a probidade e a lisura na administração pública” (PLATES, 2011, p. 87).

Nesse seguimento, um dos instrumentos criados para o combater à corrupção dando efetividade à Constituição Federal de 1988, e assegurando a concretização do direito fundamental ao governo honesto consoante determinação constitucional (art. 37, § 4º), a ser editado pelo Poder Legislativo, teve como uma das suas principais atribuições definir a tal improbidade administrativa, conforme será explanado a seguir.

2.2.2 Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)

O afastamento da responsabilização entre as esferas civil e penal, ratificado pela edição da lei prescrita pela Constituição Federal, qual seja a Lei 8.429/9239, configurou-se uma tentativa de dar mais efetividade a persecução da impunidade produzida pela corrupção que envolveram o Presidente da República e o seu “assessor financeiro” de campanha, em momento histórico extremamente conturbado, no qual antecedeu imediatamente a edição do novel diploma jurídico (PEIXOTO, 2016, p. 30).

Nessa continuidade, convém tecer alguns comentários acerca período histórico de criação da Lei Federal 8.429/92:

A raiz legislativa da Lei Federal 8.429/92 se encontra no anteprojeto de lei remetido pelo Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, contendo treze artigos que dispunham sobre enriquecimento ilícito, constituindo, em verdade, uma versão remodelada da Lei Bilac Pinto. Ao tramitar pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, o Projeto de Lei, que recebeu o n. 1.446/91, sofreu centenas de emendas, principalmente no Senado Federal, provavelmente em decorrência dos sucessivos discursos de combate à corrupção que se acentuaram após a Constituição de 1988, em razão da cobrança popular – estimulada pelos meios de comunicação – cansada de assistir indefesa à sucessivas ondas de malversação e ilícitos que rondam a esfera administrativa (TOURINHO, 2009, p. 152).

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa foi emblemática, pois afastou-se do sistema penal de responsabilidade, evitando dois dos maiores obstáculos à eficiência do sistema punitivo: (i) a fuga do foro privilegiado, fonte de impunidade; (ii) a retirada do poder de investigação da Polícia Judiciária vinculada ao Executivo e, portanto, sujeita a ingerências políticas, deixando a cargo do Ministério Público (GIACOMUZZI, 2013, p. 293).

Ressalte-se que, a definição de improbidade administrativa não decorre do esforço do legislativo, uma vez que “nem a Constituição Federal e nem a Lei 8.429/92 conceituam ato de improbidade administrativa” (DECOMAIN, 2014, p. 22), até porque este não deve ser um trabalho do legislador.

Com esteio nessa premissa, “O conceito de probidade decorre da ideia de retidão, honradez, decência, lealdade, honestidade, confiança, boa-fé, isto é, virtudes norteadoras das ações de uma pessoa na vida social” (PEIXOTO, 2016, p. 31). Dessa forma, entende-se que a definição de improbidade administrativa deve:

[...] abranger os fenômenos de grave desonestidade e intolerável ineficiências funcionais dos homens públicos, devemos pensar que exclusivamente os casos mais graves estão em condições de integrar-se a este conceito normativo. Assim, por exemplo, não será toda desonestidade que indicará falta de probidade, muito menos toda ineficácia se encaixará nesta categoria normativa. Em nossa construção, o dever de probidade apresenta seus conteúdos conectados à ideia de honra na função pública (OSÓRIO, 2013, p. 96).

Logo, percebe-se que a aceção do termo é demasiadamente ampla, e que, portanto, diversos valores podem se enquadrar na definição de improbidade, razão pela qual impõe-se ao legislador a tarefa árdua de completar esse sentido normativamente, ao definir as condutas e valores que tipificarão os atos ímprobos. Observe-se que a delimitação legislativa diminui a esfera de insegurança mediante a certeza conferida pela normatização do que é ou não ato de improbidade administrativa (PEIXOTO, 2016, p. 31).

Nessa esteira, como a legislação apontada possui uma íntima relação com a busca de efetivação do direito fundamental a um governo honesto, não apenas um combate genérico à corrupção, daí porque “a Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater

atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública” (MATOS, 2010, p. 27), devendo, para essa finalidade, especificar os atos considerados ímprobos.

Acontece que o significado de improbidade administrativa vem sendo interpretado em sentido amplo, conforme a seguinte definição:

Com efeito, improbo não é só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento do interesse público, mas também aquele que atua com menosprezo aos deveres do cargo e aos valores, direitos e bens que lhes são confiados. Seria também aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções (TOURINHO, 2009, p. 147).

Em vista disso, o conceito exposto acima faz expressa menção à caracterização de atos de improbidade por desvio de valores. Por isso, segundo Geovane de Mori Peixoto (2016, p. 33), torna-se imprescindível a definição dogmática dos princípios, ou seja, de sua estrutura normativa e de sua aplicação, de modo que se possa dar concretude ao diploma normativo definidor do sentido e alcance do conceito de improbidade administrativa.

Assim, são pertinentes observações trazidas pelo professor supracitado, visto que a questão controversa não é a eficiência do diploma legal, mas a generalidade e abstração da caracterização dos atos que se configuram ímprobos, por conta da excessiva indeterminação dos tipos, o que requer extrema cautela na sua interpretação, porque “a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa” (MATTOS, 2010, p. 27).

Não obstante a vagueza da legislação na definição dos atos caracterizadores da improbidade administrativa, não se pode negar que a Lei 8.429/92 reflete um avanço normativo, entre outras razões, pela mínima delimitação do que caracteriza a prática de atos ímprobos, pois:

[...] apesar da notória ambiguidade de sua natureza jurídica e de seus tipos excessivamente abertos, inaugura a LGIA, na catalogação das condutas proibidas, três grandes modelos de tipos sancionadores: (i) condutas de enriquecimento ilícito; (ii) condutas de lesão ao erário; (iii) condutas de lesão aos princípios que regem a gestão pública. Cada bloco normativo se compõe de uma cláusula geral, inserida no caput, e de textos casuístas, previstos nos incisos. As condutas proibidas causaram e ainda causam grande perplexidade, ante a enorme vagueza semântica que se mostra peculiar aos tipos, atemorizando os gestores públicos e municiando os órgãos fiscalizadores com poderes imensos (MATTOS, 2010, p. 102)

Direciona-se, aprioristicamente, a lei de improbidade administrativa para responsabilizar o gestor público “devido ao vínculo específico que tais pessoas detêm com o Estado, elas também estão sujeitas à responsabilidade administrativa disciplinar ou à

responsabilidade política” (ARÊDES, 2012, p. 135), resultantes do descumprimento de deveres funcionais e/ou pelo abuso das prerrogativas derivadas dessa sua situação especial.

Segundo o Professor Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 70), o gestor público personalista, ou seja, aquele que não respeita os princípios da administração pública, ao fingir desconhecer fronteiras entre o público e o privado e faz do cargo público instrumento de satisfação de interesses particulares, seria “homem cordial”, já que a cordialidade do brasileiro é demonstrada nos atos de corrupção.

Para finalizar o presente tópico, será feita uma breve análise sobre os tipos que caracterizam a improbidade administrativa. O primeiro tipo de conduta descrito pela legislação que qualifica a prática de improbidade administrativa é o enriquecimento ilícito, previsto no art. 9º, da Lei 8.429/92. O referido tipo regula as hipóteses nas quais o recebimento de vantagem econômica indevida por parte do agente público, em detrimento de atividades desenvolvidas em entes ou entidades da Administração Pública, caracteriza o ato de improbidade administrativa (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 219).

Ainda de acordo com Wallace Paiva Martins júnior (2002, p. 215) entende-se o enriquecimento ilícito a partir da censura legal “endereçada àquele que se aproveita de uma função pública para angariar vantagem a que não faz jus, por qualquer artifício que venha empregar (abuso de confiança, excesso de poder, exploração de prestígio, tráfico de influência, etc.)”.

Por conseguinte, “o primeiro requisito para haver enriquecimento ilícito, em sentido estrito, é o acréscimo patrimonial do agente, ou de terceiros, por interferência daquele”, (PEIXOTO, 2016, p. 48). Salienta-se, todavia, que “não há necessidade de que, na contrapartida da vantagem patrimonial indevida auferida pelo agente, sobrevenha também decréscimo patrimonial do Erário” (DECOMAIN, 2014, p. 95).

O segundo requisito é a conduta dolosa do agente, ou seja, para que haja subsunção ao art. 9º da Lei 8.429/92, o agente administrativo, necessariamente, tem que ter atuado de modo consciente e deliberado, no sentido do auferimento da vantagem patrimonial ilícita (DECOMAIN, 2014, p. 96).

O último requisito traduz-se na exigência que o agente público se utilize da sua posição enquanto exercente de cargo ou função pública, ou até mesmo emprego público, para obter a vantagem patrimonial indevida, ou proporcionar que terceiros possam obter, em razão desse exercício (PEIXOTO, 2016, p. 50).

Por sua vez, o segundo tipo de conduta apta a ensejar um ato de improbidade administrativa está inserido no art. 10 da Lei 8.429/1992, e, diferentemente dos demais casos, não se preocupa diretamente com a questão moral, funda-se na ideia de perda patrimonial, ocasionada por ato omissivo ou comissivo do agente público, que se expressa pela redução ilícita em sentido amplo de valores patrimoniais do Estado, por exemplo: perda patrimonial, através de desvio de verba, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos (PEIXOTO, 2016, p. 51-52).

Esse tipo inova no que concerne aos demais, já que a admite-se para caracterização a ocorrência de condutas culposas. Sob esse aspecto, explica Pedro Decomain (2014, p. 121) nos seguintes termos:

Como a tônica dos atos de improbidade previstos pelo art. 10 reside justamente no prejuízo ao erário, o que leva à conclusão de que a busca do ressarcimento forma ponto relevante da discussão em torno de tais modalidades de improbidade, tem-se que a culpa em sentido estrito também pode caracterizá-la. Mesmo que o dano ao erário não lhe haja sido impingindo propositalmente, ainda assim a situação poderá caracterizar-se como improbidade.

Ainda que se reconheça a aplicabilidade do art. 10, há quem diga que tratando-se da modalidade culposa, o rigor deve observar a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no sancionamento da conduta de improbidade administrativa (PEIXOTO, 2016, p. 54).

Outra questão emblemática acerca deste tipo, diz respeito à necessidade de distinguir erário e patrimônio público, pois, tecnicamente, não são conceitos idênticos. Erário é o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes aos entes e entidades que integram a Administração Pública, bem como os demais destinatários do dinheiro público, consoante previsão do art. 1º da Lei 8.429/1992.

Por outro lado, o conceito de patrimônio público envolve o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística, todos pertencentes ao interesse público, e, portanto, salvaguardados pelo Poder Público, de acordo com definição extraída da Lei 4.717/1965.

Uma última questão que merece destaque, no que tange à aplicação do tipo que prevê o prejuízo ao erário, refere-se à incidência simultânea deste com o enriquecimento ilícito, levando-se em conta a possibilidade de que um mesmo fato caracterize as duas hipóteses de incidência da improbidade administrativa. Inclusive, este é o fundamento da previsibilidade no art. 12, II, da Lei 8.429/1992 da sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, para que quando o ato além de causar prejuízo ao erário venha

simultaneamente proporcionar o enriquecimento ilícito de terceiros; pois se o enriquecimento for do próprio agente deverá ser deslocada a capitulação do ilícito para o art. 9º, sem que isso proporcione prejuízo reparatório, ante a previsibilidade de igual conteúdo sancionatório (PEIXOTO, 2016, p. 56).

2.2.3 Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Inspirado na legislação norte americana, o *Foreign Corrupt Practices Act*, o legislador brasileiro, após pressão sofrida no ano de 2010 com as históricas manifestações do movimento, visando uma resposta imediata à população editou o projeto de lei anticorrupção que acabou sendo votado e aprovado quase três anos depois de novas manifestações no ano de 2013.

Em 1º de agosto do ano de 2013, a Lei 12.846 passou a dispor sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, entrando em vigor no mês de janeiro do ano de 2014.

Após entrar em vigência, da Lei 12.846/2013, o Decreto 8.420 em data de 18 de março de 2015 regulamentou o diploma legal no tocante à responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, já estando em vigor desde sua publicação. Contudo, esse diploma legal será abordado com mais detalhes no próximo capítulo desta pesquisa.

2.3 PROIBIDADE E ÉTICA

Conforme demonstrado no tópico anterior, a sobreposição dos interesses particulares em detrimento do interesse coletivos, é um problema que assola todas as esferas da sociedade, independentemente de ser no órgão público ou no órgão particular, causando inúmeros prejuízos para toda a coletividade.

Ao tratar desta temática, é preciso compreender o que vem a ser a proibidade sob a óptica sistemática e teleológica acerca da sua real existência no meio jurídico. “A proibidade poderá ser compreendida como a honradez decorrente da integridade de caráter, honestidade e pudor, valendo-se da retidão de agir ante as boas qualidades esperadas de um agente” (ASSIS, 2016, p. 25).

No âmbito do Direito Administrativo, a probidade compreende a aplicação e a legitimação principiológica, que se espera do agente público. Nessa acepção:

[...] o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo ordenamento. Sob a ótica da Lei, ainda quando não se verifique o enriquecimento ilícito ou o dano material, a violação do princípio da moralidade pode e deve ser considerada, em si mesma, apta para caracterizar a ofensa ao subprincípio da probidade administrativa, na senda correta de perceber que o constituinte quis coibir a lesividade à moral positivada, em si mesma, inclusive naqueles casos em que se não se vislumbram, incontrovertidos, os danos materiais (FREITAS, 2016, p. 01).

A violação da moralidade está intimamente atrelada ao princípio da probidade, devendo ser entendida como o elemento que uma vez desrespeitado, lesa a ordem geral. Isso pois, “a corrupção afeta diretamente os investimentos públicos em áreas fundamentais, tais como a saúde, educação, infra-estrutura, segurança, habitação, em razão de interesses particulares de cunho criminoso” (ASSIS, 2016, p. 26).

Assim como a moralidade e a probidade, já mencionadas, a ética corresponde “ao elemento essencial para o estudo e compreensão numa sociedade pautada na valorização dos preceitos e respeito coletivos” (ASSIS, 2016, p. 26).

No meio empresarial, a ética está inserida dentro da própria concepção de função social, uma vez que a prática de atividades direcionadas ao equilíbrio dos mercados impacta na realização da própria função econômica. De fato, o vertiginoso crescimento das grandes corporações, e a formação de uma elite de gestores cada vez mais especializada, despertaram a atenção do mundo empresarial para preocupações de natureza ética (NUNES, 2004, p. 113).

Além do mais, percebe-se que a análise ética insculpida nas atividades empresariais relaciona-se com o fenômeno da globalização, que se institui a partir da liberação do comércio e circulação de informações, pautando-se na liberdade econômica. Pois bem, a livre atuação do mercado deve proporcionar um maior o nível de bem-estar geral da sociedade, portanto, demonstra-se incoerente a conduta antiética de uma empresa, que mantém-se dentro de um cenário baseando em mentiras, práticas desleais de roubo, suborno e outros tipos de atos imorais. Por esse motivo, é premente a existência e implementação de condutas éticas nas relações de comércio (ASSIS, 2016, p. 26).

“Há quem entenda que a medida atrelada a ética, em todo o mundo corporativo se baseia até mesmo na concorrência, ora que ela se dá como um instrumento de demonstração

de desvios em relação aos comportamentos que são considerados éticos ou não” (NUNES, 2004, p. 19-20).

Na análise da teoria do Contrato Social proposta por Rawls, defende-se a existência de princípios básicos, cuja observância seria obrigatória. Por exemplo, o princípio da liberdade consistiria na possibilidade de cada pessoa ser livre para fazer o que entender desde que não infrinja a liberdade dos outros. Outro princípio elementar seria o da diferença, isto é, as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de forma razoável, garantindo vantagem para todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades (NUNES, 2004, p. 21).

“Portanto, percebe-se claramente que cabe a empresa se pautar de forma ética, livre, tendo a certeza de que suas ações não ensejam a prática de concorrência desleal e não lesione a probidade, seja ela privada ou pública” (ASSIS, 2016, p. 27).

No Direito Brasileiro, a ética apresenta-se como limite a nova feição empresarial. É o que ocorre nas situações de despersonalização da pessoa jurídica, nos casos de abuso em decorrência do desvio de finalidade, assim como nas possibilidades de confusão patrimonial; reguladas pelo Código Civil, conforme disposto no art. 50, vislumbra o que de fato se apresenta como o limite de compreensão ética da nova feição empresarial.

Art. 50 – Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos e certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Por fim, nota-se que a população em geral tem direcionado mais a sua atenção aos problemas em razão da violação das condutas éticas. Assim, a empresa que não adotar um comportamento politicamente correto, terá mais dificuldade na imposição de seus produtos e serviços. O mesmo vale para os gestores e servidores públicos, assim como os representantes eleitos pelo povo, cuja repulsa enseja a apatia em decorrência das práticas e condutas imorais (ASSIS, 2016, p. 27).

No tópico a seguir, será explanado o denominado *Foreign Corrupt Practices Act* e *UK Bribery Act*, que tratou da primeira legislação que impôs sanções para as pessoas jurídicas por atos praticados contra a administração pública. Logo, a questão envolvendo o combate a corrupção, se impõe há tempos, inclusive no meio corporativo.

2.4 SURGIMENTO DO *COMPLIANCE* NO MUNDO

No que se refere ao processo evolutivo do *Compliance*, pode-se tomar como marco inicial a Conferência de Haia, ocorrida em 1930, tendo como principal contribuição a criação da fundação do *Bank for International Settlements* (BIS), sediado em Basileia, na Suíça, cujo fim precípua foi engendrar a cooperação entre os bancos centrais (HSU, 2015, p.5).

Nos Estados Unidos, os Programas de *Compliance* surgiram na virada do século XX, com a institucionalização das Agências Reguladoras, as quais estipularam, entre outros, a centralização da fiscalização, a regulamentação das atividades empresariais, a obrigatoriedade da manutenção de registros precisos das transações e da implantação de sistemas de controle interno das empresas. A partir da década de 1960, a *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão correspondente à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, operou movimento de orientação à contratação de *Compliance Officers* com vistas à implementação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas, além de monitoramento e supervisão de atividades suspeitas (HSU, 2015, p.5).

Doravante, os programas de *Compliance* foram se multiplicando na Europa e começaram a se espalhar pelo mundo. Inicialmente, com o estabelecimento do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária em 1974, na Suíça, criado pelos bancos centrais dos países membros do G-10, o sistema financeiro como um todo ganhou força ao adotar maior conceituação sistemática das suas atividades, aplicação de padrões de boas práticas financeiras e utilização de procedimentos de prudência em sua atuação. Mais tarde, o julgamento dos dois casos emblemáticos de cartel, o das lisinas e o das vitaminas, que levaram à investigação antitruste a países longínquos como o Japão, causou tamanho impacto no mundo em razão da cominação de multas, condenação ao ressarcimento de danos e penas de prisão (HSU, p. 6, 2015).

Nessa perspectiva, em 1991, a Comissão de Penas dos EUA publicou o documento intitulado Diretrizes Federais para a Condenação de Organizações, que teve o condão de articular os elementos específicos de um Programa eficiente de *Compliance* e Ética, estabelecendo penas mais brandas para as empresas que os adotassem (HSU, p. 6, 2015).

Tendo em vista o vasto arcabouço legal internacional vigente, no ano de 1998 os Estados e as Instituições Financeiras designaram regulamentos e práticas para que estivessem adequadamente alinhados às exigências de criação e incorporação do *Compliance*, destacando-se nesse contexto a Norma Australiana AS 3806:1998, de 1998, como a primeira

referência do mundo no que tange a implementação dos princípios relativos aos programas de *Compliance* (HSU, p. 6, 2015).

O Documento Consultivo “Função de *Compliance*” (ABBI e FEBRABAN, 2009) pontifica que o ato terrorista nos EUA, em 2001, os escândalos financeiros em Wall Street, em 2002, bem como outros fatos relevantes no cenário mundial, fizeram com que urgisse a necessidade de regulamentações mais efetivas e rapidamente aplicáveis em todos os países. Com o objetivo de reconquistar a credibilidade das corporações, o maquinário estatal internacional instituiu um processo de reação e, com isso, as instituições financeiras foram fortemente compelidas a executar profundas mudanças, com reestruturações estratégicas, organizacionais e tecnológicas, visando impedir o cometimento de novas ações lesivas à economia e ao sistema financeiro e roborar sua imagem perante clientes e fornecedores (HSU, p. 6, 2015).

O professor Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p.1) defende que o impulso inicial ao *Compliance* adveio das instituições financeiras, passando a se tonificar após os mundialmente famosos escândalos de governança (Barings, Enron, WorldCom, Parmalat) e a crise financeira de 2008, quando diversos documentos foram expedidos por órgãos internacionais para recomendar o robustecimento das políticas de *Compliance* empresarial, assim como inúmeras leis de diversos países estabeleceram a obrigação da instalação de mecanismos de monitoramento interno. Inclusive, outros países criaram ou majoraram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, consolidando a existência de sistemas de *Compliance* como parâmetro para redução de pena.

Nesse aspecto, os Programas de *Compliance* se sobressaem por serem importantes na proteção e no aprimoramento do valor e da reputação corporativa. O *Compliance* ganha força na medida em que esses acontecimentos provocam grande turbulência e insegurança no mundo empresarial. Sua implantação torna-se cada vez mais relevante, uma vez que enseja mudanças capazes alinhar processos, assegurar o cumprimento de normas e procedimentos e, sobretudo, preservar a imagem da empresa perante o mercado (HSU, p. 7, 2015).

Sob o prisma global, os Programas de *Compliance* se desenvolveram em ritmos distintos. Atualmente, em alguns países, como Estados Unidos e Itália, encontram-se em processo avançado de evolução, enquanto em outros países, como o Brasil, a progressão do *Compliance* se deu em velocidade menos arrojada. Contudo, convém destacar que, nos Estados onde os programas de *Compliance* ainda possam ser considerados incipientes, o

prognóstico é bastante positivo, isto é, não serão necessárias décadas para atingir o mesmo padrão dos demais países (HSU, p. 8, 2015). Para Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 113), “os programas de cumprimento normativo, ou simplesmente *Compliance Programs*, tornaram-se, em curto espaço de tempo, verdadeiro tema da moda no mundo jurídico”.

2.4.1 Foreign Corrupt Practices Act (Lei sobre Práticas de Corrupção no Exterior)

A primeira legislação que estabeleceu sanções para pessoas jurídicas por atos praticados contra a administração pública estrangeira foi o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que foi onde se inspirou a legislação brasileira para elaboração da sua lei. A legislação americana FCPA foi implementada nos Estados Unidos após uma série de investigações realizadas pela *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) e pelo subcomitê do Senado dos Estados Unidos da América sobre a prática de pagamento de propinas por empresas estadunidenses a funcionários públicos, políticos e partidos políticos para a obtenção de contratos comerciais. Desse modo a lei teve como gênese dois escândalos de corrupção ocorridos na década de 1970 nos Estados Unidos da América, o famoso escândalo Lockheed e o caso Watergate (ASSIS, 2016, p. 30).

O caso Lockheed Corporation diz respeito a uma empresa do setor aeroespacial fabricante de aeronaves civis e militares, que, após investigação realizada no ano de 1975, pelo Subcomitê do Senado dos Estados Unidos, presidido pelo Senador Frank Church, foi incriminada pelo pagamento de propinas a diversos funcionários públicos de governos estrangeiros. Conforme relatado nas investigações norte americanas, a Lockheed Corporation teria pago propinas para a aquisição de caças F-104 *Starfighters*, pela Alemanha ocidental; de aviões C-130 *Hercules*, pela força aérea italiana; de caças F-104 *Starfighters*, pela força aérea japonesa, em detrimento dos F-11 *Super Tiger*, da empresa Grumman; de aviões L-1011, pela ALL Nippon Airways, em detrimento dos DC-10 da McDonnell Douglas; e de caças F-104 *Starfighters* pela força aérea holandesa em detrimento dos Mirage 5 da francesa Dassault (SPALDING, 2011, p. 37).

As propinas pagas no escândalo americano pela Lockheed Corporation ultrapassaram a cifra de 22 milhões de dólares americanos na época, criando uma situação que provocou a empresa a socorrer-se no ano de 1971 de um empréstimo de 250 milhões de dólares do governo federal estadunidense para evitar a falência. (SPALDING, 2011, p. 39).

Já o caso Watergate ficou conhecido como o processo que levou à renúncia do então presidente Richard Nixon, que teve origem no assalto do comitê nacional do Partido Democrata, localizado no Complexo Watergate, situado em Washington DC. Depois de concluídas as investigações, restaram comprovadas que o presidente Richard Nixon tinha então envolvimento na campanha de oposição do partido, desencadeando outra investigação pela SEC, que identificou que empresas estadunidenses efetuavam doações encobertas a campanhas de políticos americanos e estrangeiros, contabilizando-as como “*slush funds*” (SPALDING, 2011, p. 40).

Assim, os dois casos levaram os Estados Unidos da América a aprovar uma legislação visando reprimir o pagamento de propinas a autoridades estrangeiras com o escopo de moralizar e restabelecer a credibilidade do mercado no sistema estadunidense de negócios. O FCPA também teve a função de marco regulatório na atividade concorrencial, equilibrando assim a concorrência entre as empresas e evitando que algumas empresas se beneficiem através do pagamento de propinas.

Assim, o FCPA atribuiu competência ao *United States Department of Justice* (USDOJ) e à SEC para processarem todas as pessoas jurídicas de capital aberto, americanas ou estrangeiras, registradas na SEC, e que tem ações registradas nas bolsas de valores de Nova Iorque (NASDAQ e NYSE).

Como todo pagamento do suborno a funcionários públicos estrangeiros era uma prática relativamente comum, as empresas norte-americanas começaram a perder negócios com a vedação do suborno internacional. O valor efetivamente perdido pelas empresas norte-americanas é incerto, mas um relatório do departamento de Comércio de 1996 estimou que as empresas americanas perderam aproximadamente 11 bilhões de dólares em negócios nos dois anos anteriores. Por esse motivo, era essencial para a diplomacia norte-americana que os demais países industrializados também se comprometessem com o combate ao suborno (PAGOTTO, 2013, p. 27).

Diante deste cenário, iniciaram as pressões internacionais sobre diversos países para a criação de legislações nacionais e combate à corrupção de autoridades estrangeiras, com o intuito de reequilibrar a concorrência internacional abalada pelas restrições do FCPA, inclusive sobre o Brasil.

2.4.2 UK Bribery Act (Lei contra Subornos do Reino Unido)

Também merece destaque a edição da *Bribery Act* de 2010, na qual tipificou a corrupção envolvendo os sujeitos privados, considerando os atos como o pagamento de título de facilitação de negócios, denominado pela expressão *grease payments*. Sobre a temática do

suborno, é importante enfatizar a respeito da existência do documento denominado como “*Six Principles to Prevent Bribery*”, que trouxe princípios para que as organizações pudessem combater os atos de corrupção a partir de procedimentos que evitassem o suborno (ASSIS, 2016. p. 31).

Sobre estes procedimentos, os mesmos são resumidos da seguinte forma (XAVIER, 2015, p. 58- 59):

- a) procedimentos proporcionais ao risco,
- b) comprometimento do alto escalão,
- c) avaliação de risco;
- d) diligência prévia (*due diligence*),
- e) comunicação (incluindo treinamento);
- f) monitoramento e avaliação.

Estes procedimentos insculpidos nos *Bribery Act* serão objeto de análise mais aprofundada no capítulo 3, pertinente aos elementos que integram os programas de *Compliance*.

Em Berlim, existe uma organização intitulada como Transparência Internacional, cuja representatividade funda-se em toda a sociedade civil. Ela visa o combate de suborno aos negócios, por intermédio da expressão “*Business Principles for Countering Bribery*” com as seguintes recomendações (TRANSPARENCY INTERNATIONAL THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION, 2014, p. 01):

- a) a empresa deverá ter uma política proibitiva de suborno, seja de forma direta ou indireta;
- b) comprometer-se à implementação de um programa para combater o suborno. O Programa deve incluir esforços concernentes aos valores, ao código de conduta, às políticas detalhadas e aos procedimentos, à gestão de riscos, à comunicação interna e externa, à formação e orientação de controles internos, à supervisão, ao monitoramento e à garantia.

Ou seja, de modo específico, entende-se que as recomendações associam-se à adoção de políticas anticorrupção, através do desenvolvimento de procedimentos relacionados à comunicação, treinamento, monitoria e a avaliação.

3 LEI 12.843/13 E OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Inicia-se o presente capítulo partindo-se do pressuposto que os investimentos estrangeiros diretos no Brasil apontaram para a necessidade de plena adequação da atividade empresarial perante as diretrizes internacionais advindas da norma anticorrupção, sendo esta um mecanismo de inibição em face dos delitos decorrentes da atividade econômica de cunho transnacional, como ocorre no crime de lavagem de dinheiro, por exemplo (ASSIS, 2016, p. 73). Nessa continuidade:

Mudanças estão ocorrendo nesse cenário. Como algumas dessas empresas dependem do mercado de capitais e de organismos de desenvolvimento para obter recursos necessários à ampliação dos negócios, elas estão incorporando boas práticas de governança corporativa alinhadas aos requisitos da Bolsa de Valores e órgãos de financiamento. A preocupação com níveis de governança corporativa tem crescido significativamente no Brasil durante a última década, no entanto ainda há espaço para melhorias (CLAYTON, 2013, p. 153).

Desse modo, a emergência da relevância econômica torna-se cada vez mais factível por conta dos inúmeros postulados econômicos que tem se apresentado como primordiais à compreensão do sistema jurídico positivo que envolve as relações sociais. Destarte, são cruciais na compreensão dos impactos oriundos das normas legais e que produz efeitos na sociedade, aferindo-se o estabelecimento e modificações dentro de um contexto interpretado de modo específico (BITTENCOURT, 2011, p. 28).

Convém destacar o papel do advogado diante desse novo modelo de postura em esfera gerencial, ocasionada pelos reflexos da governança corporativa, a seguir exposto:

Diante da realidade, não é mais o advogado que administra o monopólio de acesso à justiça, tampouco pode ser considerado um elemento causador de tumultos, ganancioso e pernóstico. Seu papel mudou radicalmente para a sociedade e para as empresas. Muito mais do que um formalizador das decisões ex ante, o advogado é fundamental para agregar valor ao acionista e evitar riscos que possam colocar em xeque o negócio em si. O poder judiciário acabou se tornando uma alternativa mais distante para solução de conflitos. (PINHEIRO, 2005, p. 09).

De antemão, a aplicação deste novo modelo de postura em esfera gerencial contribuiu veemente para a ocorrência da governança corporativa não só ao Direito Penal, mas, também ao Direito Administrativo. Assim, a positivação termina por vincular o comércio como um todo a partir da criação de legislações específicas de forma global (ASSIS, 2016, p. 74).

Por derradeiro, faz-se necessário refletir sobre as vantagens e desvantagens da utilização do *Compliance* pela empresa. Ora, sabe-se que a “conjunção da análise econômica, sob o viés de possibilidade de verificação da relação entre os custos de implantação e

inserção, atrelado aos impactos que a adequação e a necessidade de auto-regulação enseja” (ASSIS, 2016, p. 74).

Nota-se que a autorregulamentação contribui em muito para diminuição dos riscos de demandas judiciais, o que favorece o setor empresarial. Além disso, os programas de *Compliance* minimizam as diferenças de mercado em que as empresas atuam na investigação e prevenção. Entretanto seria precipitado afirmar com acerto se a inserção de tais programas de conformidade e prevenção gerariam custos efetivos para a atividade empresarial, como treinamento de pessoal, por exemplo ou a contratação de consultorias externas (ASSIS, 2016, p. 74).

Os objetivos da implantação de uma política de *Compliance* são inúmeros, mas, entre os principais, estão: o cumprimento da legislação nacional e internacional, bem como das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenção de demandas judiciais; obtenção de transparência na condução dos negócios; proteção de informações confidenciais outorgadas à instituição por seus clientes; inibição de conflitos de interesse entre os diversos atores da corporação; evitar ganhos pessoais indevidos por intermédio da geração de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada; e, por fim, a disseminação da cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de *Compliance* (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37-38).

Com a implantação dos programas de *Compliance*, a empresa passa a orientar todas as suas ações para os objetivos definidos, utilizando os recursos de forma mais eficiente, dado que as decisões passam a ser mais econômicas, pois ganham uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos. Ademais, facilita a adaptação dos novos empregados à cultura organizacional, sem contar que permite aos gestores um tempo maior de reflexão acerca das políticas e atuações em questões estratégicas, aumentando e aperfeiçoando o conhecimento da organização por todos os seus atores (GONÇALVES, 2012, p. 64-65).

Enfim, a implantação e o efetivo funcionamento das políticas de *Compliance*, faz com que a empresa obtenha mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Assim, atingirá altos níveis de cooperação interna e externa, com o conseqüente aumento de lucro, mas sempre de maneira sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 90).

Nessa perspectiva, faz-se necessária uma breve digressão sobre a importância da ética na economia e a sua inter-relação com o direito concretizador do *Compliance*. A exigência que as empresas atuem de forma sustentável torna-se essencial a análise da ética nos negócios, já que essa nova orientação “opera transformações no modo de relação dos participantes entre si, com a tecnologia, com os *stakeholders*, com o entorno e com os processos de trabalho e da tomada de decisões” (PATRUS; PENA; CASTRO, 2010, p. 149).

Sem embargo, não basta a inserção do estudo da ética na economia, sendo necessário incluir também o estudo do direito, especialmente considerando a sua inter-relação com a economia e mercado. Esses três elementos são essenciais ao sistema capitalista, fazendo surgir a necessidade de busca de um equilíbrio, visto que não há trocas sem mercado, o que, por sua vez, impede o desenvolvimento da economia (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 3-29).

Ressalte-se ainda que, assim como o mercado precisa ser regido pelo direito, este último também deve ser condizente com as regras de mercado, sob pena de se instalar o caos num mercado sem normatização, ou ainda de se inviabilizar o desenvolvimento econômico, por conta da ausência de mercado, mesmo com a existência do direito (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 3-29).

De forma sucinta, os custos de transação são considerados pela análise econômica do direito, eis que a empresa deve ponderar os custos de transação envolvidos no estabelecimento ou não das políticas de *Compliance*, bem como avaliar a sua eficiência. Sobre a análise econômica do direito, necessária se faz a seguinte exposição:

Para a aplicação da Análise Econômica do Direito, é preciso ter em mente premissas fundamentais: o fato de que o ser humano age de forma racional maximizadora, escolhendo o que for melhor para si, com base na existência ou não de incentivos e de eventual sanção cabível (entre os incentivos ou desincentivos, pode-se citar o conteúdo das regras legais); a busca da eficiência, principalmente pela consideração do critério de Kaldor-Hicks; as falhas do mercado, sobretudo em razão da assimetria informacional; a existência de custos de transação, que serão analisados no próximo item (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 77-108).

Ao refletir sobre as noções dos custos de transação tem-se pela impossibilidade de se conjecturar a ausência de custo de transação no mercado, pelo simples fato de que “toda transação é custosa e a relação negocial é sopesada pelo sistema de preço, pela análise da trajetória da contraparte no mercado, pela confiabilidade exalada aos demais negociantes, seu anseio em negociar” (COASE, 2008, p. 12).

Outro fator que interfere nos custos refere-se à assimetria informacional. Nesta, uma das partes naturalmente tem um conhecimento mais apurado sobre o objeto da transação, o

que ocasiona a modificação do comportamento racional dos agentes e a estrutura de preços no mercado. Isso abre brechas para atitudes desonestas, aumentando-se os custos de transação, em virtude da desconfiança e da ineficiência do Estado em coibir tais condutas (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 89-95). Resta, portanto, demonstrada a importância da transparência e da ética no âmbito das relações negociais.

Nesse contexto, passa-se a mencionar os custos de transação envolvidos na implantação ou não de uma política de *Compliance*. Estes podem ser gerados interna ou externamente no âmbito corporativo, compreendendo os custos de implantação e o retorno de tal investimento.

Assim, a empresa deverá (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 93):

- a) contratar especialistas no assunto;
- b) organizar uma área específica de atuação dentro própria estrutural empresarial;
- c) investir em treinamento permanente para os seus empregados;
- d) apresentar tal programa aos *stakeholders*;
- e) elaborar um Código de Ética estabelecendo procedimentos e as devidas punições;
- f) aperfeiçoar os seus mecanismos de controle internos e externos com vista a aprimorar o gerenciamento dos riscos;
- g) investir em tecnologia da informação, que podem variar, dependendo do formato e do objetivo de cada empresa).

No que tange aos custos externos, o *Compliance* consegue minorar a perda da reputação, pois a sua perda provoca “publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

“Atualmente, a reputação que se pretende resguardar não é somente a da empresa, mas também, no campo macro, a do país” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 93). Por isso, a Lei 12.846/13 é um importante instrumento que merece ser examinado, pois, visa impingir uma política pública comum ao empresariado, com a pretensão de extensão de efeitos reputacionais, ou seja, benéficos a todos.

Ainda sobre o aspecto reputacional, “O Brasil, entre 175 países avaliados, consta na 72ª posição do Índice de Percepção da Corrupção Mundial no ano de 2013, elaborado pela sociedade civil denominada Transparência Internacional” (IT, 2013).

É sabido que os custos de transação decorrentes da corrupção envolvem os setores públicos e privados e, sobretudo, a população, pois os desvios não se revertem em atividades produtivas, muito menos em melhorias nas áreas da saúde, educação, segurança, tecnologia, entre outros; assim como prejudica o aumento do produto *per capita* (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 93).

Por óbvio, a implantação de uma política de *Compliance* anticorrupção inevitavelmente trará altos custos para a organização empresarial, “porém os prejuízos causados pela corrupção podem ser bem superiores” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 239).

Outra vantagem acerca da implantação da política de *Compliance*, diz respeito a competitividade, uma vez que, num mundo em constante evolução, a nova geração de consumidores tende a ser extremamente crítica, passando a adquirir não somente produtos e serviços, mas também valores e comportamentos sustentáveis, fora seus efeitos em termos de confiança pública nacional e internacional (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 94).

Feita essas breves considerações sobre os efetivos custos de implantação dos programas de *Compliance*, o próximo passo será refletir sobre a forma de minimização dos custos a partir do *Teorema de Coase*.

Percebe-se que a prática do comportamento ético no âmbito empresarial, interno ou externo, pode ser impulsionada tanto pela cooperação quanto pela imposição legal, sendo a primeira muito mais eficiente, pois certifica a modificação de mentalidade dos atores envolvidos (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 95).

Nesse sentido “a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem-sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo” (COOTER; ULEN, 2010, p. 99).

Contudo, é preciso ponderar que “caso o custo de implementação seja maior que as vantagens perceptíveis dela advindas, será necessária a imposição por meio de regulação governamental, mas essa hipótese nem sempre trará os melhores resultados” (COASE, 2008, p. 13-14).

Nessa situação, a norma governamental instituidora do *Compliance* deve trazer abarcar formas de minimização dos custos de implantação da política de *Compliance* eficientes para ensejar o bem-estar pela perspectiva utilitarista e balizamento ético, ou seja, para o maior número possível de pessoas (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 95).

Porém, observa-se que no caso do *Compliance* a implementação somente será efetiva se estiver arraigada na cultura organizacional, superando a mera divulgação ou a imposição a partir de norma expressa, isto é, o respeito e a exigência de condutas adequadas e a intolerância às condutas inadequadas devem fluir naturalmente, inclusive dentro da alta administração. Não é por outro motivo que a internalização dos conceitos de *Compliance* é tão importante para quem sabe um dia, suplantar a necessidade de existência de um sistema de normas sobre o assunto (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37).

Diante disso, constata-se a importância da cooperação como facilitador de uma política de *Compliance* efetiva. A cooperação, tanto no âmbito interno quanto externo, é essencial para o desenvolvimento das empresas. Internamente, suscita empregados mais satisfeitos, o que tende ao aumento da produtividade e lealdade; externamente, possibilita o estabelecimento de relações mais estáveis, que, em razão da reputação da empresa, criam condições facilitadoras às negociações, tornando-as mais seguras, ensejando o potencial aumento dos lucros (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 95).

Sucedo que a cooperação está sempre em contraposição ao conflito na sociedade moderna, porque, ao mesmo tempo que a sociedade foi criada para o benefício de todos, sob a óptica de um empreendimento corporativo, há conflitos eternos na distribuição desses benefícios, impactando na verdadeira cooperação (RAWLS, 2008, p. 5).

Corroborando o pensamento desenvolvido anteriormente, para que a cooperação possa operar no mundo das corporações, é imprescindível reduzir os conflitos, sob pena de comprometer o desenvolvimento. O conflito de governança pode acarretar na redução do consumo, da produção e a cooperação, pois cada um terá maior preocupação consigo do que com o conjunto, situação em que todos perdem (FIANI, 2011, p. 60).

Assim sendo, para a obtenção da cooperação no âmbito interno, algumas medidas são necessárias, tais como (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 96):

- a) atuar de forma a reduzir os conflitos e aumentar a deferência do futuro, valorizando os empregados;

- b) adquirir um plano de cargos e salários objetivo e automático, que proporcione a visualização da carreira no futuro;
- c) tratamento uniforme todos os empregados;
- d) optar por lideranças já reconhecidas pelos demais;
- e) requisitar que a alta administração dê o exemplo.

No âmbito externo, pode-se obter a cooperação mediante realização de contratos a longo prazo, o que facilita a negociação, uma vez que há uma *relação* de confiança entre as partes capaz de manter uma interação constante com os demais atores envolvidos, ensejando a credibilidade da marca (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 96-97).

Ratificando este entendimento:

O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5).

É importante mencionar que não se deve aplicar uma única estrutura de *Compliance* a toda e qualquer empresa, nem mesmo com a mesma velocidade, sob pena de ineficiência, já que cada empresa terá um ritmo próprio de preparação e desenvolvimento do referido sistema. Ademais, é preciso levar em consideração que o setor empresarial é composto por pequenas, médias e grandes empresas, e cada uma possui um tipo de planejamento, o que implica incentivos específicos a cada segmento, tendo em vista à consecução do objetivo já retratado (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 97).

“E não bastam apenas o tempo e a velocidade corretos. Há que buscar uma efetiva mudança de pensamento, uma verdadeira alteração e aquisição de cultura por parte dos atores, o que somente ocorre no tempo próprio de cada empresa, não sendo eficiente a imposição” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 36).

Desse modo, “Só haverá uma implantação efetiva do *Compliance*, com impacto no desenvolvimento, no momento em que as regras formais e informais para tal intento surgirem da opção dos atores” (NORTH, 2013, p. 5-6).

Dentre as estruturas de incentivo ao *Compliance* presentes no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a Lei brasileira 12.846/2013. Sobre a aludida norma, pode-se inferir que a mesma propaga a disseminação dos conceitos de transparência e ética, por serem

fundamentais para a prevenção de condutas inadequadas e para a longevidade das empresas no mercado (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 100). Nesta acepção:

Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas (MAEDA, 2013, p. 171).

Em suma, a Lei Anticorrupção busca estimular um ambiente empresarial sustentável por meio da inibição de condutas que propiciem atos de corrupção capazes de alterar de maneira dissimulada a celebração de negócios privados, por intermédio do apoderamento dos agentes públicos através de oferta de benefícios indevidos em troca de vantagens injustificáveis. No entanto, não obstante a intenção da lei tenha sido o assentamento de uma estrutura de incentivos, alguns de seus dispositivos apresentam falhas que podem prejudicar, em parte, a sua eficiência (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 100-101). Esse estudo, porém, será abordado no tópico posterior.

3.1 LEI 12.846/13 “LEI DA EMPRESA LIMPA”

No Brasil, a corrupção é um dos principais problemas enfrentados pela sociedade, por isso, traduz-se num tema bastante discutido, particularmente na esfera governamental, dado os recentes escândalos envolvendo o Poder Público e os entes privados, ocasionando uma grande crise política.

A corrupção é uma realidade bastante antiga no território nacional, haja vista que veio junto com a descoberta do país pelos portugueses, no período colonial, conforme relatado pelos mais variados livros e transcrições históricas, a exemplo:

No período colonial, tamanhos eram os desmandos que, no século XVII, o Padre Antônio Vieira Sermão profere, ousadamente, diante de D. João VI, da corte imperial e dos nobres, na Igreja da Misericórdia de Lisboa, o que ficou conhecido como Sermão do Bom Ladrão: “O ladrão que furta para comer, não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera. (...) os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. - Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam” (OLIVEIRA, 2014, p. 76).

Trazendo-se a discussão do tema para os dias atuais, tem-se a Lei 12.846 de 2013, denominada de “lei da empresa limpa”, que, por sua vez, trouxe ao sistema brasileiro a mudança de perspectiva no combate à corrupção estabelecendo sanções para as pessoas

jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (MOREIRA NETO, 2014, p. 03-04).

Essa mudança de enfoque tem por finalidade inibir as práticas empresariais que fazem “vista grossa” para atos de corrupção, seja como instrumento concorrencial, seja como ferramenta de transposição de barreiras burocráticas aos órgãos do Poder Público que dificultam o desenvolvimento dos negócios ao tempo desejado pelas empresas (ASSIS, 2016, p. 49).

A Lei da Empresa Limpa pode ser capaz de mitigar esse quadro, uma vez que cuida-se de punir a outra ponta da relação corrupta: o corruptor. Para tanto, atribui responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção (NASCIMENTO, 2014, p. 03).

O referido dispositivo baseia-se em sanções pecuniárias pesadas e na responsabilização objetiva da empresa, de modo que as decisões empresariais passam a vislumbrar um peso econômico contrário a esse tipo de política corporativa, levando, inclusive, os administradores a refletir que os “pagamentos de propina, os subornos e os pagamentos de facilitação podem causar prejuízos maiores que a morosidade dos processos burocráticos e a dificuldade da livre concorrência na obtenção de negócios com a Administração Pública” (ASSIS, 2016, p. 49).

A Lei Anticorrupção traz também a mudança de enfoque dada pelo legislador no combate aos atos de corrupção praticados contra a Administração Pública, ou seja, substitui o direito penal e a persecução do agente pessoa física pelo direito administrativo sancionador, que objetiva a pessoa jurídica, ainda que permaneça se valendo dos conceitos e instrumentos oriundos do direito penal (SANTOS, 2013, p. 44).

Nesse enquadramento, “a principal beneficiária dos atos de corrupção praticados contra a Administração Pública passa a responder com o próprio patrimônio pelos ilícitos praticados por seus empregados e prepostos” (ASSIS, 2016, p. 50).

Outra inovação da lei, e foco principal do presente trabalho, está no artigo 7º, inciso VIII da Lei 12.846 de 2013, no que concerne ao *Compliance*, que prevê 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. Melhor dizendo, a aludida norma imputou a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas, em atenção a realização de prática de atos contra a

administração pública, independente de ser do âmbito nacional ou até mesmo no caso das estrangeiras (ASSIS, 2016, p. 50).

Além disso, todos os dispositivos a que se refere a Lei 12.846/2013 aplicam-se às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente do modelo societário adotado, do mesmo jeito que as fundações, associações de entidades ou pessoas, sociedades estrangeiras, que tenham sede ou representação em qualquer localidade que faça parte do território brasileiro, sendo que cabe a mesma ser constituída de fato ou também de direito, mesmo que temporariamente (ASSIS, 2016, p. 50).

O aludido dispositivo prevê a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas, nos âmbitos administrativo e civil, devendo estas arcar com a responsabilização pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. A par disso, a responsabilização da pessoa jurídica na forma objetiva não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, o que demonstra ser um grande avanço no texto legal (ASSIS, 2016, p. 50).

De mais a mais, sublinha-se que a pessoa jurídica passou a ser responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais, ao passo que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade (ASSIS, 2016, p. 50).

Ainda tratando sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, esta subsistirá nas situações de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Havendo fusão e incorporação, a empresa sucessora será responsável somente pela obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, afora nos casos de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados (ASSIS, 2016, p. 51).

No caso das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas, estas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta lei, entretanto tal responsabilidade se restringe à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (ASSIS, 2016, p. 51).

Por conseguinte, a Lei 12.846/2013 regula a então lacuna existente ante a ausência de meios específicos e eficazes de atingir o patrimônio das pessoas jurídicas, bem como a

obtenção do efetivo ressarcimento no que diz respeito aos prejuízos causados por atos que lhe beneficie (ASSIS, 2016, p. 51).

Nesse sentido, impôs-se às empresas a adoção de medidas internas, visando à prevenção de ocorrência de desvios, através de códigos de ética ou de conduta, preparando os colaboradores da pessoa jurídica no momento da negociação com o poder público, evitando-se sanção na iminência de corrupção (ASSIS, 2016, p. 52).

Com isso, a partir da inserção de um controle mais rigoroso no setor empresarial, fala-se na adoção da chamada Governança Corporativa, que se relaciona à otimização das operações das empresas, atentando-se aos fatos externos que dela decorrem, consoante será exposto a seguir:

Esta evolução levou à adoção pelas empresas da chamada Governança Corporativa, conceito que tomou destaque na década de 2000, entendido como a otimização das operações empresariais, com especial atenção às externalidades daí decorrentes, isto é, aos efeitos das atividades empresariais sobre investidores, empregados, credores e demais stakeholders. Estas práticas passaram a ser demandadas pelo Mercado de Capitais e hoje é exigência para novas aberturas de capital, os chamados IPO (Initial Public Offering) (GLASSMAN, 2014, p. 01).

Portanto, percebe-se que com a promulgação da norma anticorrupção, a inserção da Governança Corporativa ganhou relevante destaque, em virtude de se configurar em fator de atenuação da aplicação de sanções administrativas, nos termos do trecho extraído da Lei 12.846/2013, a seguir:

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 código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Com o advento da norma anticorrupção, é possível inferir que as boas práticas de governança corporativa, em especial a que se referem a defesa de acionistas minoritários no controle da atuação das Sociedades Anônimas da qual participam, afiguram-se como elemento essencial na negociação de uma corporação para com a Administração Pública, porquanto se traduz numa valoração relevante nestas transações (ASSIS, 2016, p. 53).

No que toca aos atos considerados lesivos à Administração Pública, ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou aos compromissos internacionais ligados a Federação tem-se os atos de (NEVES, 2014, p. 04):

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento

licitatório público;

- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

As empresas punidas passarão a integrar o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, do qual constará no banco de dados todas as sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades das três esferas de Poderes (ASSIS, 2016, p. 54).

Ainda sobre as inovações contidas na Lei Anticorrupção, tem-se que as multas guardarão correspondência entre os percentuais de 0,1% a 20% do faturamento bruto referente ao último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluindo-se os tributos e não sendo inferior à vantagem obtida. Por seu turno, não sendo possível atribuir uma estimativa de faturamento bruto, a multa corresponderá ao quanto entre R\$6.000,00 (seis mil reais), podendo chegar ao valor de R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (ASSIS, 2016, p. 54).

Sob outro prisma, a responsabilização na esfera administrativa não obsta que a pessoa jurídica sofra sanções judiciais decorrentes de ações que visam à perda de bens, direitos e até mesmo de valores decorrentes de vantagens auferidas diretamente ou indiretamente, tal como a interdição das atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, proibição de captação de incentivos, subvenções, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas, controladas pelo Poder Público, no prazo mínimo de um ano e no máximo de cinco anos, de acordo com o art. 19, da Lei 12.846/13.

Com relação à prescrição, esta é prevista cinco anos em razão das infrações contidas na norma supracitada, contadas a partir da data da ciência da infração, ou ainda, se tratando de

infração permanente ou continuada, do dia que tiver cessado. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição interrompe-se quando ocorrer a instauração de processo cujo objeto seja a apuração da infração, de acordo com o art. 25 da Lei 12.846/2013.

Outro ponto que merece destaque, refere-se à possibilidade da entidade pública celebrar um acordo de leniência com a empresa responsável pela conduta ilegal. Nesse sentido:

Caso recusada a proposta de acordo de leniência tal fato não importará necessariamente no reconhecimento da prática do ato ilícito investigado. A eventual celebração do acordo de leniência reduz a multa administrativa em até 2/3 (dois terços) e isenta a empresa das penas de publicação da decisão condenatória e da proibição de recebimento de incentivos, doações, subsídios, subvenções e empréstimos de órgãos públicos e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Contudo, a empresa não estará eximida da reparação integral do dano e da responsabilização na esfera judicial. Caso descumprido o acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar um novo acordo por 03 anos a partir da ciência do descumprimento pela Administração Pública (NEVES, 2014, p. 05).

Verifica-se, portanto, que a celebração do acordo de leniência será possível quando houver descumprimento parcial ou total do contrato administrativo, por atrasos injustificados na execução do objeto contratado, além da prática de atos ilícitos e de condutas consideradas como inidôneas (ASSIS, 2016, p. 55).

Retomando-se a discussão acerca da eficiência dos dispositivos da Lei 12.846/2013 quanto aos custos de transação dos programas de *Compliance*, em que pese a pretensão da lei tenha sido o estabelecimento de uma estrutura de incentivos, alguns dos seus dispositivos são falhos nesse sentido. É o caso da redação do seu art. 2º que prevê: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

“Logo, é condição de responsabilização que o ato coibido tenha produzido benefício em favor da empresa ou em seu favor e de terceiro, gerando incerteza quanto à sua aplicabilidade quando o benefício for direcionado exclusivamente a terceiros” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 101).

Outro dispositivo que tem a potencialidade de aumentar o custo de transação e, com isso, desestimular condutas benéficas para o desenvolvimento do *Compliance* é o que decorre do teor do art. 4º, § 2º, que estende o âmbito da responsabilização para situações de coligação, controle, consórcio e grupo.

Assim, é possível que o ato do administrador de uma empresa menor pertencente a um grande grupo econômico possa vir a responsabilizar outras empresas do mesmo grupo que

sequer tiveram conhecimento ou compartilharam os benefícios indevidos. Estende-se, dessa forma, os riscos em operações de formação de grupos empresariais locais, criando-se um empecilho ao fortalecimento empresarial por via da associação formal de empresas (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 101).

Outros exemplos interessantes que podem ser extraídos da Lei Anticorrupção, dizem respeito ao seu art. 6º, que enumera as sanções a serem aplicadas na esfera administrativa às pessoas jurídicas, quais sejam multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto, bem como publicação extraordinária da decisão condenatória. Além disso, no seu art. 7º, especifica que será levada em conta na aplicação de sanções a adoção ou não, por parte da empresa, do *Compliance*.

Critica-se também ambos os artigos em razão da carência de regulamentação em relação à dosimetria da pena, além da ausência de objetividade quanto aos reais benefícios a serem concedidos às empresas que tiverem implantado política de *Compliance* efetivo. Por conseguinte, a Lei Anticorrupção brasileira não pode ser concebida como uma verdadeira estrutura de incentivos, uma vez que não demonstra com clareza quais serão os benefícios advindos de sua implantação (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 102).

Destarte, a discricionariedade precisa seja reduzida ao máximo, tornando o critério de estabelecimento das penalidades o mais objetivo possível, posto que “do jeito que está formatada, esta super lei é perigosa e de difícil aplicação, o que pode comprometer a sua eficácia” (GABARDO; ORTOLAN, 2014).

Por fim, verifica-se que a lei agora em comento conflita com outras normas. É o que se observa da leitura do art. 5º, §1º da lei que conceitua administração pública estrangeira para fins de aplicação de suas normas:

Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

Primeiramente, quando faz referência à pessoa jurídica controlada pelo poder público, direciona-se às empresas estatais, reconhecidas no Brasil em suas modalidades de sociedades de economia mista ou empresas públicas, ambas dotadas de autonomia e de personalidade jurídica de direito privado (art. 173 da Constituição brasileira), o que afasta a adequação de seu enquadramento na categoria de administração pública estrangeira (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 102).

Sob outra perspectiva, o que caracteriza a nacionalidade de uma empresa no Brasil não é a titularidade de seu controle, mas o fato de ter sede no Brasil e de constituir-se de acordo com as leis brasileiras, vide art. 1.126 do Código Civil Brasileiro. Então, com base na redação do dispositivo, conclui-se pelo enquadramento de uma empresa com personalidade jurídica privada, brasileira; respeitados os limites do art. 1.126 do Código Civil Brasileiro, como administração pública estrangeira (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 102).

Em que pese a Lei 12.846/2013 seja um importante instrumento que mereça ser mensurado, esta revela-se na prática como uma lei de improbidade empresarial, uma vez que o seu objetivo central é tutelar a lisura comportamental dos agentes de mercado que se relacionam com o Poder Público no Brasil, instituindo a noção corporativa de *Compliance* (FERRAZ, 2014, p. 2).

Dessa forma, a Lei 12.846/2013 prevê as condutas empresariais ímprobas, desde que estas não tenham contado com a participação direta ou indireta de agentes públicos em conjunto com os agentes empresariais (FERRAZ, 2014, p. 4).

3.2 DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

A partir deste tópico, será analisado o conceito dos programas de *Compliance*, seus elementos e a sua importância enquanto política e procedimento criado para evitar, detectar e corrigir irregularidades ocorridas no âmbito empresarial, previsto no artigo 7º, inciso VIII da Lei 12.846/2013, que em 18 de março de 2015 foi finalmente regulamentado pelo Decreto 8.420, restando agora aos aplicadores do direito seu estudo e interpretação para a aplicação efetiva aos casos concretos, tentando coibir esses atos de corrupção que além de estabelecer uma verdadeira crise política, vem manchando a imagem do Brasil no exterior.

Os programas de *Compliance* ou conformidade consistem na prevenção da corrupção, possibilitando um controle prévio e interno exercido pela própria empresa, no combate a atos corruptivos, antitruste, lavagem de dinheiro, subornos e pagamentos de facilitação, evitando-se o envolvimento dos funcionários em associações para o crime. Sendo arquitetada uma estrutura de *Compliance*, cabe aos empresários fiscalizarem seu cumprimento e seu aprimoramento em conformidade com as particularidades da companhia (ASSIS, 2016, p. 57).

Em vista disso, torna-se forçoso concluir que, isoladamente, o Estado não tem a menor condição de apurar toda e qualquer prática irregular, que possa, eventualmente, evoluir para um amplo esquema de corrupção. O que impossibilita uma atuação estatal mais eficiente é

falta de estrutura física, tecnológica, especialmente, quando leva-se em consideração a capacidade de organização e desenvolvimento das grandes corporações atuais, que há muito já ultrapassaram as fronteiras do país (ASSIS, 2016, p. 57).

Ante o exposto, a implementação de mecanismos de conformidade no âmbito corporativo inaugura uma nova interpretação do combate à corrupção no Brasil, de forma a conceder instrumentos mais eficientes aos órgãos responsáveis pela persecução penal, o que possibilita a mitigação desse mal que corrói o mundo empresarial em uma velocidade avassaladora. Nesse seguimento, contata-se que o aumento de legislação anticorrupção no mundo é intrínseco à premissa de que os procedimentos de controle, fiscalização e até punição sejam perpetrados dentro da própria pessoa jurídica, com o propósito de evitar a prática da corrupção entre funcionários e diretores, de maior ou menor escala (ASSIS, 2016, p. 57).

Contudo, “apesar dos esforços legislativos em estabelecer no âmbito empresarial as práticas do *Compliance* seria ilusório crer que toda e qualquer prática corrupta fosse extirpada da sociedade, já que todo método está sujeito a vulnerabilidades” (REIFF, 2014, p. 92).

O objetivo central do *Compliance* é a proteção da empresa e seus funcionários em face das ilicitudes que possam arruinar a reputação desta perante a sociedade, implicando a execução das atividades da corporação conforme Código de Conduta, que preverá obrigatoriamente ações firmadas em valores morais, éticos, transparentes e de acordo com o ordenamento jurídico. Além do mais, os mecanismos de integridade firmam ideais de justiça dentro da empresa ao vedar tratamentos privilegiados de uns em detrimento de outros e pautando-se na isenção de interesses pessoais (ASSIS, 2016, p. 57-58).

3.3 DEFINIÇÃO DO TERMO *COMPLIANCE*

Afinal de contas, o que vem a ser os programas de *Compliance*? Os chamados programas de *Compliance* expressam a ideia de “conformidade” (to comply) e consiste em políticas e procedimentos criados para prevenir, detectar violação às leis, regulamentos e políticas da empresa, desenvolvendo assim, uma cultura de ética, integridade e prevenção de atos ilícitos (ASSIS, 2016, p. 56).

Os mecanismos de *Compliance*, segundo explica Carlos Henrique da Silva Ayres (2014, p. 160), “são decisivos na prevenção e detecção de atos lesivos, repercutindo inclusive na conveniência da persecução penal, bem como na atenuação das eventuais sanções a serem aplicadas”.

Logo, *Compliance* pode ser classificado como a prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais (BACIGALUPO, 2011, p. 22).

O *Compliance* atua como verdadeiro instrumento de integração das bases da Governança Corporativa, criando-se a verdadeira regulamentação jurídica. Apesar disso, cada ramo da atividade empresarial estará exposto aos mais diversos riscos normativos inerentes à atividade desenvolvida. Sendo assim, não há que se falar em um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo este ser construído e analisado a partir da casuística (ASSIS, 2016, p. 61).

Por esse ângulo, é fundamental que corporações empresariais venham a assumir uma postura preventiva, por intermédio da inserção de códigos de condutas mais rigorosos. Além da nomeação de um *Compliance Officer*, o qual teria função de exercer vigilância, assessoramento, advertência e avaliação dos riscos legais de gestão (ASSIS, 2016, p. 63).

Impede salientar que estes programas podem ainda se diferir no que toca ao conteúdo, já que se encontram dentro de uma visão de observância. O desenvolvimento destes programas acontece com a inibição de práticas de atos de corrupção contra a empresa, e de delitos que possam sobrevir em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais (SIEBER, 2013, p. 71).

Portanto, à luz da atuação cooperativa entre o Estado e empresas, cabe ao Poder Público impor programas de cumprimento, a partir de diversas formas diretas, como por exemplo, a edição de leis de condutas, que serão aplicadas no regimento interno das corporações empresariais. Em outras palavras, haverá de fato a tomada de vinculação expressa dos códigos de conduta internos das empresas (ASSIS, 2016, p. 63).

Entretanto, ressalta-se:

Em que pese a relevância dos programas de cumprimento em matéria penal, estas políticas criminais de prevenção delegadas a iniciativa privada deve ser tomada com prudência pois não se pode nem delegar a função de polícia a iniciativa privada e tampouco impor um risco normativo de tal grandeza que prejudique o livre desenvolvimento das atividades econômicas violando postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal de um lado e do livre exercício econômico de outro. No caso das políticas de cumprimento e colaboração aplicáveis a prevenção e combate a lavagem de dinheiro, forma clara e regulamentada de *Compliance* no Brasil, o objetivo do *Compliance* não é outro senão fornecer informações para que o Estado possa tomar ciência do cometimento de crimes de lavagem de dinheiro (ANTONIETTO, 2015, p. 05).

Quanto à questão que envolve a legitimidade relacionada a esta atuação, são precisas as lições do autor:

Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de longa manus dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu-se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um "equilibrado compromisso" depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional (RIOS, 2010, p.53).

Portanto, as políticas do *Compliance* devem ser abordadas de modo minucioso, de modo a garantir o respeito aos limites de imposição e aplicação de obrigação aos entes considerados particulares; e aos custos que estas aplicações podem provocar na própria atividade econômica (ASSIS, 2016, p. 64).

No que tange aos custos sociais que envolvem a corrupção no Brasil, estes se mostram de modo bastante explícito, seja pela gritante existência de desigualdade social, seja pelo desgaste midiático marcado pela ocorrência de uma administração falha, cerceada de administradores públicos inertes (ASSIS, 2016, p. 64).

Com isso, “é certo que a longo prazo os efeitos da corrupção sobre a economia podem ser devastadores pois tendem a perpetuar-se no tempo e expandir-se no espaço” (PÉRES; BENITO SANCHES, 2011, p. 195).

3.4 ELEMENTOS QUE INTEGRAM OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Relativamente aos elementos do *Compliance*, convém tecer alguns comentários. Embora não existam programas pré-determinados, é preciso que se observe os parâmetros legais mínimos considerados quando da instituição do programa de integração na empresa. Todavia, para que o *Compliance* seja realmente efetivo, não se pode desconsiderar aspectos importantes como: a extensão dos negócios da empresa, número de empregados e diretores, ramo de atividades e até território (ASSIS, 2016, p. 68).

Diante do exposto, faz-se necessária uma análise acerca elementos trazidos pela legislação e pela doutrina. O primeiro deles diz respeito a participação da alta administração nos programas de integridade, isto é, alta administração deve sempre demonstrar o empenho com o combate com a corrupção, comprometendo-se perante seus funcionários e a sociedade, a engajando-se apenas e tão somente em negócios limpos (GIOVANINI, 2014, p. 20).

A alta administração das pessoas jurídicas compõe-se de seus diretores e conselhos de administração, órgãos máximos de gestão em uma empresa. Portanto, a condução de suas

funções serve como referencial aos demais funcionários. Não é por outra razão que a estruturação de um programa de *Compliance* deve ser acompanhada de perto por aqueles que detêm o poder de decisão dentro da companhia. Todavia, a participação da alta administração nos programas de integridade não se restringe à estruturação, à elaboração das normas de conduta ou ao financiamento dos mecanismos de *Compliance*, mas, precipuamente, na sujeição dos diretores e administradores aos termos do programa (ASSIS, 2016, p. 68-69).

A cúpula da companhia deve atuar dentro dos parâmetros da ética e da moral, imposto nos regulamentos e códigos de conduta desenvolvidos. Isso porque existe uma tendência de os esquemas corruptivos se originarem nos altos postos das empresas, justamente pelo amplo poder de decisão inerente aos profissionais ocupantes de tais cargos, por isso, é essencial a submissão aos programas de *Compliance* (ASSIS, 2016, p. 69).

No que toca à análise de risco, trata-se do elemento de um programa de *Compliance* que representa o quesito prevenção. Tal mecanismo abrange desde entrevistas com empregados dos mais diversos setores da empresa, bem como análise de documentos, inclusive de fatores como a localidade em que atua a companhia, o ramo de atividade, a formação dos negócios firmados com o Poder público, parceria com terceiros e instrumentos de comercialização de serviços e produtos (AYRES, 2014, p. 47).

Isto posto, ao estabelecer as áreas de risco da empresa o desenvolvimento de mecanismos específicos torna-se cada vez mais eficaz. Logo, o ideal é que para cada contingência haja um instrumento específico de prevenção e combate. Por exemplo, a Lei Anticorrupção atribui extrema importância aos atos firmados com o Poder Público, por meio de licitações e contratos públicos, é então uma área de risco e, portanto, seria essencial um mecanismo de prevenção, fiscalização e combate de irregularidades nessa seara (ASSIS, 2016, p. 69-70).

Em relação aos procedimentos de “*due diligence*”, estes possuem caráter preventivo e referem-se à análise de informações e documentos da pessoa física ou jurídica com vistas a verificar a real situação econômica, social e até mesmo criminal da outra empresa, que possa vir a tornar-se parceiro comercial no futuro. Por isso, os mecanismos de *due diligence* assumem relevante importância no Brasil, já que tem o condão de avaliar a idoneidade do potencial parceiro da corporação ou do estado (ASSIS, 2016, p. 70).

Com efeito, na prática se verifica os mais variados instrumentos que permitem uma colheita e avaliação de dados eficientes, tais como: pesquisas em bancos de dados públicos,

envio de questionários e acesso ao histórico de movimentações financeiras e bancárias do parceiro (ASSIS, 2016, p. 70).

“Um processo de *due diligence* eficaz precisa considerar aspectos específicos da parceria, como por exemplo, a natureza do contrato, o prazo, os objetivos comuns aos parceiros e o custo-benefício” (GIOVANINI, 2014, p. 161).

No que se refere as políticas de procedimento, estas englobam a implementação um projeto composto por um código de ética, mecanismos de fiscalização, treinamentos, formas de sanção e de premiação. As políticas de *Compliance* variam de acordo com o porte da empresa e com ramo da sua atividade. Logo, pode-se vislumbrar na prática desde aspectos educativos, a exemplo de palestras e treinamentos, como mecanismos de controle e fiscalização por meios tecnológicos, métodos punitivos graduados de acordo com a gravidade das irregularidades, canais de comunicação e denúncia internos e externos (ASSIS, 2016, p. 70-71).

Neste diapasão, são infinitas as políticas eficazes no combate a práticas ilícitas no âmbito corporativo que podem fazer parte do pacote de *Compliance* de uma companhia. É possível que a pessoa jurídica invista maciçamente em tecnologia robusta e até mesmo na contratação de pessoal especializado, como ocorre em empresas mais estruturadas ou, métodos menos aprimorados, porém não menos eficiente (ASSIS, 2016, p. 71).

No que concerne aos códigos de ética, ou normas de conduta, estas expressam os ideais e princípios norteadores da empresa, assim como, aspectos voltados aos princípios constitucionais. Como foi já dito anteriormente, os funcionários da empresa são destinatários dos programas de integridade independente do nível hierárquico do cargo ocupado, então, para que se atinjam as metas esperadas o cotidiano de troca de informações e de comunicações no geral, deve ser excepcional (ASSIS, 2016, p. 71).

Nesse aspecto, a comunicação acaba se revelando como um elemento bastante prático, uma vez que estar-se diante de infinitos meios de comunicação disponíveis no mercado tecnológico. Por exemplo, através de e-mails ou das redes sociais a empresa pode dar publicidade às políticas e procedimentos do *Compliance*. Frisa-se que o canal de comunicação entre os funcionários da empresa e os *Compliance officers* deve ser oportunizado sem maiores burocracias (ASSIS, 2016, p. 71).

O sucesso do projeto depende do conhecimento de todos os envolvidos acerca das normas e instrumentos no que tange aos parâmetros estabelecidos pela empresa. Por

consequente, a acessibilidade a cursos e treinamentos periódicos de maneira a informar e atualizar os destinatários é parte essencial do pacote de integridade, já que um funcionário alheio às finalidades do projeto não o cumprirá (ASSIS, 2016, p. 71).

Assim, os treinamentos devem ser adequados às atividades desenvolvidas pelos funcionários no dia a dia, isto é, devem abordar temas diretamente relacionados aos cuidados a serem tomados e a postura que deles se espera. Importa ressaltar que a publicidade externa em relação aos esforços da empresa no âmbito do *Compliance* é bastante útil, para que a sociedade possa valorizar as companhias que ratificam uma efetiva preocupação no combate aos atos de corrupção (ASSIS, 2016, p. 71).

“Ou seja, é primordial a disponibilização de instrumentos por meio dos quais os funcionários possam noticiar irregularidades ou atividades suspeitas, seja de forma anônima ou identificada” (ASSIS, 2016, p. 71-72).

No caso de ser detectada a irregularidade, haverá um procedimento de apuração dos fatos mediante sindicância, levada a cabo por funcionários devidamente qualificados para aplicar as respectivas sanções no âmbito interno da companhia e, se for o caso, comunicar aos órgãos públicos responsáveis pela persecução penal (ASSIS, 2016, p. 72).

Em suma, nota-se que a eficácia de um programa de integridade está diretamente relacionada às denúncias oferecidas nas situações concretas e a maneira como se dá a apuração dos fatos e responsabilização dos acusados. É por isso que os objetivos da Lei Anticorrupção só serão alcançados a partir do sucesso da prevenção e combate a tais práticas (ASSIS, 2016, p. 72).

Nesse contexto, a revisão periódica dos mecanismos implantados em uma empresa, ou seja, à atualização dos métodos utilizados para melhor adequarem-se às novas realidades tecnológicas, sociais e especificamente da companhia mostra-se de extrema importância, na medida em que um projeto se torna obsoleto em face das novas práticas empresariais ou das inovações tecnológicas não apresentam mais utilidade. Sendo assim, em curto lapso temporal, devem ser realizadas ouvidorias e fiscalizações, de forma a averiguar se os termos do programa estão adequados às atuais necessidades empresariais, bem como a capacitação dos funcionários precisa estar em consonância com o fluxo do mercado, assim como, os investimentos para a manutenção do programa devem ser constantes (ASSIS, 2016, p. 72).

4 COMPLIANCE PÚBLICO: UMA VISÃO CRÍTICA

Partindo-se para a seara pública, tem-se que o surgimento das estatais se justificou a partir da necessidade do Estado ser dotado de instrumentos mais céleres de ação, uma vez que as pessoas jurídicas de direito público possuem amarras no que tange a uma atuação eficiente na economia, marcada por dinâmicas de mercado que se alteram constantemente em função da demanda (MOREIRA NETO, 2001, p. 252).

A noção de uma administração pública gerencial ou de resultados revela, em verdade, a ausência de fronteiras estanques e absolutas entre o direito público e o direito privado (MOREIRA NETO, 2008, p. 133-134). Por exemplo, o direito privado passou a adotar princípios sociais do contrato, tais como: função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual (ALMEIDA, 2012, p. 111). Em contrapartida, verifica-se cada vez mais uma privatização da própria administração pública por conta da apropriação das formas jurídico-privadas de organização ou atuação (ESTORNINHO, 2009, p. 340).

Desse modo, no dizer de Alexandre Santos de Aragão (2017, 165-166):

Sob essa perspectiva, o mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem Direito Privado, nem Direito Público, tampouco de direito privado com derrogação de direito público: trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos.

Contudo, frisa-se que esse regime híbrido não é comum a todas as empresas estatais, ou seja, possui variações a depender da natureza da atividade econômica exercida bem como do maior ou menor grau de dependência das verbas públicas. Assim, quando a estatal for dependente das verbas públicas do ente que a instituiu, ou atuar em regime de monopólio na prestação de um serviço público, os elementos de direito privado sofrerão um maior influxo da lógica publicista. Por outro lado, a maior independência da estatal das verbas públicas e o exercício de atividade econômica em livre concorrência acarretam um maior influxo privatista nos elementos públicos (ARAGÃO, 2017, p. 169).

Na história do direito administrativo brasileiro mais recente, o Estatuto das Estatais, como será tratado ao longo deste presente capítulo, surgiu em um contexto após a operação Lava Jato, operação esta que descobriu a ocorrência de diversos atos corruptivos dentro da Petrobras, estabelecendo-se mecanismos de governança corporativa e de procedimentos de

licitação, disciplinando, ainda, a ingerência de políticas públicas na gestão empresarial das estatais (ARAGÃO, 2017, p. 172).

Diante de tamanho dilema ético-moral vivenciado pela sociedade brasileira, são inúmeras as argumentações a favor do recrudescimento dos mecanismos tradicionais de direito administrativo no âmbito das estatais. Ora, se isso fosse verdade, não haveria corrupção dentro das entidades de direito público. Ademais, as exigências publicistas em demasia podem acabar por prejudicar a celeridade e flexibilidade inerentes a atuação empresarial, de forma a comprometer o atendimento aos objetivos institucionais das estatais, notadamente aquelas inseridas nos mercados competitivos (ARAGÃO, 2017, p. 173-174).

Nessa esteira,

[...] a solução é propiciar a maior liberdade de atuação possível às estatais no que elas necessitam para atuarem com eficiência no mercado, mas em olvidar de mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada, mecanismos que, todavia, não correspondem ao mero retorno ou fortalecimento dos controles típicos da Administração Pública Tradicional (ARAGÃO, 2017, p. 174).

Outra importante discussão acerca do regime jurídico administrativo aplicável às estatais, diz respeito a incidência adaptada dos princípios da administração pública. Tradicionalmente, quando se fala em regime jurídico administrativo vêm a tona as seguintes prerrogativas: alteração unilateral da esfera jurídica de terceiros, cláusulas contratuais exorbitantes, autoexecutoriedade, poder de polícia, e poderes expropriatórios. No que refere submissão de controle e a sujeição procedimental não aplicáveis ao regime privado, tem-se: a obrigação de licitar, concurso público, motivação dos atos administrativos, dentre outros (ARAGÃO, 2017, p. 179).

Em relação às prerrogativas de direito público, estas não se aplicam as estatais atuantes no mercado competitivo, sob pena de violação ao princípio da livre concorrência inserido no art. 70 da CF/88. Contudo, as submissões inerentes ao direito público se aplicam as estatais. Isso porque “os princípios constitucionais maiores de caráter republicano e de defesa cidadã não são exclusivos de de um ou de outro ramo do direito, pairando sobre todos eles igualmente” (NAPOLITANO, 2003, p. 111).

Nesse sentido, nas empresas privadas o interesse econômico é dos seus donos ou sócios, enquanto que “nas organizações públicas os donos são mais extensos e difusos, a população, o desafio é buscar mecanismos que façam com que os controles sobre elas incidentes atinjam o mesmo nível de eficácia do existente nas organizações privadas, sem dificultar o seu dinamismo econômico” (NAPOLITANO, 2003, p. 111).

Com efeito, será exposto a seguir a proposta hermenêutica no sentido de aplicação adaptada dos princípios da administração pública previstos no caput do art. 37 da CF/88, destacando que tais princípios não são exclusivos do Direito Administrativo, são aqueles que devem permear toda atuação da administração pública, possuindo, portando, uma conotação mais geral (ARAGÃO, 2017, p. 181).

No que se refere ao princípio da legalidade, o debate gira em torno da densidade base legal para fins de legitimação da atuação administrativa. No âmbito das estatais, a base legal é exigida para as questões relacionadas a criação da própria estatal, do seu objeto social e da participação minoritária em outras empresas. Salvo estas hipóteses, o princípio da legalidade é aplicado de forma bastante atenuada, já que as estatais podem atuar livremente, exceto no que a lei lhes impuser ou vedar expressamente (ARAGÃO, 2017, p. 185).

Os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência serão tratados para os propósitos deste capítulo conjuntamente, sendo o primeiro aquele impede a ocorrência de perseguições ou de privilégios indevidos em razão da preferência pessoal do administrador. O segundo, por sua vez, impõe comportamentos de boa gestão e o terceiro exige que o administrador público perfaça os melhores resultados com o menor ônus (JUSTEN FILHO, 2010, p. 184-185).

Feita essa breve exposição de conceitos, não é difícil vislumbrar a aplicação de tais princípios as organizações empresárias privadas e públicas. A diferença é que a preocupação das empresas privadas se resume ao retorno financeiro dos seus sócios, e, conseqüentemente a responsabilização social em torno disso. Enquanto que nas estatais a preocupação não se resume aos interesses econômicos dos seus acionistas, pois, também impera interesses públicos como o desenvolvimento econômico a preservação ambiental, por vezes contraditório (ARAGÃO, 2017, p. 186-187).

Tendo em vista o fortalecimento da governança corporativa nas empresas estatais, o Estatuto é um importante instrumento de contribuição para o aperfeiçoamento da gestão das companhias. Porém, o estudo com mais aprofundamento sobre o tema está reservado para o tópico 4.4 deste capítulo.

Tais aspectos de governança corporativa encontram respaldo na legislação a partir da Lei 6.404/76 em diversos dispositivos. Por exemplo, o art. 116, parágrafo único sistema o poder-dever do acionista controlador. Assim, este deve usar o poder com o objetivo de fazer com que a companhia realize o seu objeto, cumprindo sua função social, sem deixar de

cumprir com seus deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Nessa perspectiva, o administrador da companhia deve ser cuidadoso e diligente no exercício de suas funções, como se estivesse administrando seus próprios negócios, consoante art. 153. Outrossim, a atuação do administrador da companhia deve se pautar nas atribuições conferidas pela lei e pelo estatuto, com o fim de lograr os interesse da companhia, satisfazendo as exigências do bem público e da função social da empresa.

Estas disposições aliadas às disposições do Estatuto das Estatais e da aplicação e aplicação dos princípios constitucionais da impessoalidade, transparência moralidade e eficiência são as fontes de boa governança corporativa aplicáveis as estatais, inclusive sob a perspectiva externa, porque os interesses das estatais podem ser controlados não apenas pelos seus sócios, mas por todo e qualquer cidadão mediante ação popular e denúncias aos tribunais de contas. Portanto, tais princípios devem ser aplicados às estais como critérios de governança corporativa (ARAGÃO, 2017, p. 191).

Complementando o rol contido no caput do art. 37 da CF/88, tem-se o princípio da publicidade aplicado as estatais sob a interpretação da transparência e da governança corporativa. Nesse sentido, o acesso aos documentos das estatais incide de forma plena, salvo quando prejudicar a sua atuação concorrencial no mercado (ARAGÃO, 2017, p. 192).

Neste diapasão, o art. 22 da Lei 12.527/11 (Lei de Acesso a Informação) dispõe acerca da aplicação do princípio da publicidade, demonstrando eventuais atenuações a sua aplicação no que concerne as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Por seu turno, o Decreto 7.724/2012 preceitua que as estatais e suas subsidiárias não se sujeitam à Lei de Acesso a Informação em relação às informações cuja divulgação possa acarretar em vantagem competitiva a outros agentes econômicos, bem como aquelas tuteladas pelo sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e de segredo de justiça (ARAGÃO, 2017, p. 192).

Entretanto, critica-se a postura das estatais de se valerem, exaustivamente, da proteção do sigilo comercial tendo em vista a não aplicação da lei de acesso à informação. Tal postura pode vir a ser mitigada por conta da redação do art. 74 do Estatuto Jurídico das Estatais, ao submeter os contratos às exigências da Lei 12.527/2011. Assim, permite-se que qualquer

interessado tome conhecimento dos termos do contrato e a obtenção de cópia autenticada de seu inteiro teor ou de qualquer de suas partes, admitida a exigência de ressarcimento dos custos (ARAGÃO, 2017, p. 192).

Convém pontuar que os argumentos em prol do sigilo comercial para o afastamento da Lei 12.527/2011 só possuem aplicabilidade para as estatais que atuam em concorrência com os agentes privados, seja na prestação de serviço público, seja na exploração de atividade econômica, na forma do art. 173 da CF/88. As demais hipóteses de sigilo contidas no inciso I do art. 6º do decreto se aplicam a Administração Pública como um todo, não apenas as estatais, ressalvando o sigilo comercial (ARAGÃO, 2017, p. 194).

O grande desafio no tocante as estatais é o estabelecimento de uma diretriz hermenêutica capaz de compatibilizar o direito fundamental à informação sem ameaçar as estratégias de atuação no mercado. Em face da dificuldade de fixação de parâmetros gerais da matéria, a análise acaba sendo casuística. Por exemplo: a divulgação dos salários de cargos estratégicos das estatais não seria interessante, pois, facilitaria a tomada desses profissionais por seus concorrentes. Todavia, os salários daqueles que exercem atividades meramente burocráticas em nada atrapalharia a concorrência no mercado (ARAGÃO, 2017, p. 194).

Com efeito, de acordo com o art. 86, §5º do estatuto será estabelecido em regulamento os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão. Dessa forma, a função do futuro regulamento deve se limitar ao que não contrariar Lei de Acesso à Informação e o dispositivo do próprio estatuto (ARAGÃO, 2017, p. 195).

Percebe-se ainda, uma mitigação no que se refere ao amplo acesso dos atos, contratos e dados das estatais pelos tribunais de contas no § 1º do artigo citado, já que a disponibilização das demonstrações contábeis auditadas da empresa pública e da sociedade de economia mista serão disponibilizadas no sítio eletrônico da empresa ou da sociedade na internet.

No âmbito dos trabalhos de auditoria, as atas e demais expedientes oriundos de reuniões, ordinárias ou extraordinárias, dos conselhos de administração ou fiscal das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive gravações e filmagens, quando houver, deverão ser disponibilizados para os órgãos de controle sempre que solicitados, de acordo com § 2º do art. 86 do estatuto.

Por seu turno, o art. 85 do estatuto pacifica a discussão sobre o amplo acesso das cortes de contas às licitações e contratos celebrados pelas estatais, ainda que possuam

informações sigilosas, nos termos da Lei 12.527/2011, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

De modo efetivo, o parágrafo segundo do artigo supracitado torna o órgão de controle com o qual foi compartilhada a informação sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo, já que cumpre as empresas públicas e sociedades de economia mista atribuir o grau de confidencialidade no ato de entrega dos documentos e informações solicitados.

Ressalta-se que os atos de fiscalização e controle externo também alcançam às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter transnacional no que tange aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, não dependendo de previsão expressa nos respectivos atos e acordos constitutivos, de acordo com art. 85, §3º.

Por derradeiro, o § 4º do art. 86 estabelece que o servidor responderá administrativa, civil e penalmente pelos danos causados à empresa pública ou à sociedade de economia mista e a seus acionistas por motivo de eventual divulgação indevida das informações que sejam revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial.

4.1 DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIETÁRIO

Inicia-se o presente tópico partindo da seguinte premissa: existe um sub-ramo do direito, comum tanto ao Direito Administrativo, como ao Direito Societário, qual seja: Direito Administrativo Societário. Este ramo híbrido da dogmática jurídica se manifesta com a atuação do Estado na economia, através de pessoas jurídicas estatais, isto é, empresas públicas, sociedades de economia mista, sociedades de propósito específico controladas pelo Estado, e as participações minoritárias do Estado, a exemplo de *golden shares* e acordos de acionistas por ele celebrados (ARAGÃO, 2016, p. 201-202).

No entanto, o fato das estatais possuírem uma roupagem preconizada pelo direito privado, não significa que o regime jurídico aplicado a estas seja incondicionalmente privado, ainda que o art. 173 da CF/1988 preconize a paridade de regimes para as estatais concorrenciais. Tanto é assim, que fatores como a base legal para sua criação e extinção, necessidade de controle societário estatal para evitar a alteração da natureza jurídica estatal e a preocupação com o alcance do interesse público, são fatores que fazem com que o regime das estatais seja híbrido e atípico (ARAGÃO, 2016, p. 202).

Nesse sentido, o Estatuto das Estatais veio a fomentar ainda mais esse hibridismo, abarcando todo um regime societário apartado da Lei das S.A. Entretanto, a Lei das S.A continua tendo aplicação plena no que se refere às sociedades de economia mista, salvo no que contrariar o Estatuto das Estatais. Sobre a incidência normativa em relação às empresas públicas, é em parte aplicável, mas apenas no que o próprio estatuto determinar a sua aplicação. Assim, o estatuto cria um regime híbrido para as estatais, concedente, ao mesmo tempo, um tratamento jurídico mais homogêneo com as sociedades empresárias privadas (ARAGÃO, 2016, p. 203).

Por exemplo, o art. 238 da Lei das S.A. atenua a obrigação de busca por lucratividade, de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Já o art. 15 da Lei 13.303/2016 em caput dispõe que o acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei 6.404/76.

Outro fator que mitiga a incidência dos dispositivos da Lei das S.A. diz respeito a natureza jurídica das sociedades de economia mista como entidades da Administração Pública Indireta, razão pela qual, a perda do controle estatal as excluiria da Administração indireta. Além disso, em razão do exercício de competências conferidas por lei, qualquer alteração no objeto social deve respeitar, necessariamente, o âmbito de competência legalmente estabelecido (ARAGÃO, 2016, p. 204-205).

Erminio Ferrari (2008, p. 173-175) explica que:

[...] mesmo quando não se trata de atividade de autoridade e a lei determine a aplicação do direito privado, sempre haverá o interesse público a ser realizado, pois se ele não houvesse ali, nem seria o caso de haver o atuar administrativo, e as condições e instrumentos para sua realização não são disciplinados pelo direito privado. Isso não quer dizer que a realização do interesse público não possa também se valer de instrumentos de direito privado. O direito privado também pode servir à realização daquele interesse público que foi definido pelo direito administrativo.

O art. 235, §1º da Lei de Sociedades Anônimas confirma que as companhias abertas de economia mista também se sujeitam às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, porém com as derrogações constantes do Estatuto das Estatais.

De igual modo, a Lei das S.A. também admite tratamento diferenciado às sociedades de economia mista, de modo que a sua constituição depende de prévia autorização legislativa, conforme disposto no art. 236. Sucessivamente, o art. 237 complementa essa noção ao dispor, não sem certo truísmo, que a sociedade de economia mista poderá participar de outras sociedades somente quando autorizada por lei no exercício de opção legislativa no que tange a

aplicação do imposto sobre a renda ou realização de investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial.

Relativamente à administração das sociedades de economia mista, o art. 240 em conformidade com o art. 19, §2º do Estatuto das Estatais prescreve que as companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, em permanente atividade, assegurando-se à minoria o direito de eleger um dos conselheiros.

Segundo Filipe Guedes (2015, p. 226), ambos os dispositivos citados no parágrafo acima consistem em um tratamento preferencial concedido aos acionistas minoritários, sem violar a isonomia entre os acionistas de companhias exclusivamente privadas, uma vez que tais acionistas têm reduzida a maximização de seus lucros em razão da ponderação com os interesses públicos que justificaram a criação da companhia.

Tanto é assim, que o parágrafo único do art. 236 garante o direito de recesso dos acionistas nas hipóteses em que o Estado passa a assumir o controle da companhia, ou seja, os acionistas terão direito de pedir o reembolso de suas ações, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação da primeira ata de assembleia geral realizada após o controle. Tal controle pode ocorrer em virtude de desapropriação, entretanto, se a pessoa jurídica de direito público já possuía algum tipo de controle sob a companhia, o direito de recesso deixa de existir (ARAGÃO, 2016, p. 207).

Portanto, trata-se de uma “solução compensatória ao sócio privado em razão da mudança de causa típica da sociedade anônima. A introdução de outros propósitos no interesse social constitui alteração relevante nas bases essenciais do negócio societário” (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 314).

Todavia, não se aplica às estatais a hipótese de dissolução forçada, mediante sentença judicial, em virtude da não distribuição sistemática de lucros, consoante art. 206, II, b c/c art. 109, I da Lei das S.A. Isso porque o acionista minoritário deve investir na companhia tendo ciência do ente que a controla, se for um ente público, este poderá dar prioridade ao interesse público, ainda que isso prejudique o retorno financeiro dos acionistas (ARAGÃO, 2016, p. 208).

Entretanto, o ente público controlador da companhia deve atuar dentro do regramento da Lei das S.A., inclusive aqueles que limitam o seu poder. Nesse sentido, a pessoa jurídica de direito público que detém o controle da companhia de economia mista possui os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas deverá orientar as atividades da

companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação, conforme estipula o art. 238.

Após, o parágrafo único do art. 239 diz que os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas. No entanto, defende-se que o dever de diligência do administrador de uma estatal deve seguir um padrão ainda mais rigoroso por força dos princípios constitucionais aos quais esta entidade se encontra amparada (ARAGÃO, 2016, p. 209).

Por certo, para que administrador possa alcançar as finalidades da companhia, satisfazendo as exigências do bem público e a função social, deve-se exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferiram, de acordo com o art. 154.

Em vista disso, é vedado ao administrador (ARAGÃO, 2016, p. 209):

- a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;
- c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

Outro ponto de grande relevância para o Direito Administrativo Societário das sociedades de economia mista brasileiras corresponde à exclusão do voto do acionista controlador em determinadas situações, a exemplo do conflito de interesses. Deve-se, primeiramente, diferenciar duas situações: uma quando o voto do acionista controlador (o próprio Estado) é afastado em situações pontuais, não significando o afastamento do controle estatal; outra quando o Estado estiver afastado das votações por tempo indeterminado, desnaturando assim, a própria natureza de sociedade de economia mista (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 177).

A primeira situação está ilustrada no art. 115 da Lei das S.A., isto é, se o acionista controlador exercer seu direito de voto de forma abusiva, com o objetivo de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz

jus e de que resulte, ou possa de algum modo resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, poderá ficar impedido de votar.

Além disso, o parágrafo primeiro do art. 115 veda a participação do acionista nas deliberações da assembléia geral referentes ao laudo de avaliação de bens com que este concorra na formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, assim como quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

De acordo com os ensinamentos de Fábio Konder Comparato (1990, p. 91) "o conflito de interesses pode ser verificado tanto a priori, nos casos em que possa ser facilmente evidenciado, quanto a posteriori nas situações em que não transpareça de maneira reluzente". Um contrato entre a companhia e um acionista se enquadraria na hipótese de conflito de interesses *a priori*.

No caso das estatais, a interpretação do §1º do art. 115 ao extremo conduziria ao impedimento de voto do acionista controlador em muitas questões relacionadas a atividades fim da empresa, pois, muitas delas atuam quase que exclusivamente como concessionárias ou autorizadas do ente federativo que as controla. Por exemplo, contrato entre a União e a Petrobras (ARAGÃO, 2016, p. 213).

Dessa forma, a interpretação mais acertada no que se refere a aplicação do §1º do art. 115 é a de que "o conflito de interesses só restará configurado se o conflito não tiver relação com os interesses públicos que justificaram a criação da estatal, sendo pontuais e não sistêmicos da relação do ente federativo controlador com sua sociedade de economia mista" (ARAGÃO, 2016, p. 213). Nesse caso, o controlador não poderá votar.

Salienta-se que também haverá conflito de interesses nos casos em que a sociedade de economia esteja sendo utilizada para a consecução de interesse público primário diverso daqueles que justificaram a sua criação, ainda que não haja qualquer valor pecuniário (ARAGÃO, 2016, p. 213).

Outra previsão apta a gerar polêmica no que concerne a sua aplicabilidade às sociedades de economia mista remete-se ao art. 120 da Lei das S.A., pois, o acionista poderá ter seus direitos suspensos pela assembléia-geral se deixar de cumprir as obrigações impostas pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação (ARAGÃO, 2016, p. 218).

Entende-se que o dispositivo em discussão é aplicável às sociedades de economia mista, por se tratar de uma medida aplicada casuisticamente e de forma temporária, ou seja, o direito de voto do acionista controlador ficaria suspenso enquanto este estivesse agindo ilicitamente com a empresa (ARAGÃO, 2016, p. 218).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos acionistas que adquiriram votos preferenciais nas circunstâncias de não distribuição de dividendos por períodos prolongados, nos termos do art. 111, §1º da Lei das S.A. É apropriado destacar, contudo, que se a causa do não pagamento de dividendos não depender da vontade dos acionistas, principalmente do controlador, por ser circunstância fática-estrutural, não há que se aplicar o regramento contido no art.111, visto que geraria a própria perda do controle por parte do estado por tempo indeterminado, causando a própria transmutação da natureza da entidade, de sociedade de economia mista em uma sociedade anônima simples (ARAGÃO, 2016, p. 219).

4.2 O ESTADO EMPRESÁRIO

A intervenção do Estado no domínio econômico é toda medida legal que tenha o condão de restringir, condicionar ou suprimir a iniciativa privada em determinada área, visando assim, o desenvolvimento nacional e a justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais. O surgimento da intervenção estatal na economia, se justificou a partir do fracasso do mercado e da necessidade de recriá-lo, devendo garantir a livre competição e a eliminação da desigualdade (RAMOS, 2016, p.1).

Assim sendo, o Estado passou a atuar em prol da justiça social objetivando uma distribuição justa de renda, passando a atuar, finalmente, na atividade econômica como empresário. Contudo, nem sempre foi assim, razão pela qual se faz necessária a análise das intervenções delineadas na Constituição Federal assim como a evolução e da própria ordem econômica (RAMOS, 2016, p.2).

Na perspectiva liberal, o Estado deveria intervir o mínimo possível nas relações econômicas. De acordo com Adam Smith, um dos principais representantes do liberalismo econômico, o Estado possuía apenas três funções, quais sejam: a realização de obras públicas, desde que estas não pudessem ser realizadas pela iniciativa privada; a defesa da sociedade contra invasões externas e a proteção dos indivíduos contra as ofensas mútuas (RAMOS, 2016, p.2).

Afirma Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 233) que:

O Estado moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os efeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado Liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural do indivíduo.

Com o surgimento de novas necessidades sociais, sobrevém a teoria do Estado Social, que basicamente clama pela garantia e cumprimento dos direitos sociais. Além disso, as frequentes situações de abuso do poder econômico ensejaram a constitucionalização da economia (RAMOS, 2016, p.3).

A ordem econômica passou a ter como pilares a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, os quais são considerados fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal. Portanto, percebe-se que o constituinte privilegia o sistema de produção capitalista, sem deixar de lado a finalidade da ordem econômica, que, de acordo com Pedro Lenza (2011, p.1.138), nada mais é do que “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, afastando-se, assim, de um Estado ausenteísta nos moldes do liberalismo”.

Feita essas considerações sobre a evolução do Estado na ordem econômica, passa-se a análise das formas de atuação estatal na economia, dando especial ênfase a sua atuação direta na economia. Desse modo, analisando a Constituição Federal de 1988, ressalta-se que esta reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação, atuação direta como agente econômico; e a intervenção, atuação indireta como agente regulador da atividade econômica (RAMOS, 2016, p.3).

No Brasil, há duas formas de exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Uma delas é o monopólio, e a outra, é a necessária, ou seja, quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definidos em lei.

Salienta-se que a Constituição não é favorável aos monopólios, logo, fica evidente a proibição de monopólio privado. Sobre tal proibição, elucida José Afonso da Silva (2013, p.812) “Está previsto que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Todavia, no presente trabalho só será exposto apenas as questões relacionadas à atuação direta do Estado na economia.

Foi dito anteriormente que a Constituição Federal legitima que o Estado exerça atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada, por meio das suas estatais, diante de um “relevante interesse coletivo”. Sucede que tal conceito jurídico indeterminado acaba por dar uma grande margem de discricionariedade ao legislador qualifique a atuação do Estado no caso concreto. Questiona-se, então, se o mero interesse de o Estado auferir lucros para financiamento das atividades tidas como necessárias para a sociedade estaria apto a justificar o exercício de uma atividade econômica nos termos do art. 173 da CF/88 (ARAGÃO, 2017, p. 101).

Entende-se que o mero interesse na obtenção do lucro não poderia justificar a atuação do Estado com base no dispositivo supracitado, uma vez que, se estaria invertendo, por via hermenêutica, a lógica do dispositivo. Este deixaria de ser uma permissão excepcional para o Estado exercer atividades econômicas, para toda atividade econômica pudesse ser exercida pelo Estado desde que autorizada pelo legislador, por consequência da ínsita probabilidade de lucro. Sob esse argumento, toda e qualquer atividade econômica potencialmente lucrativa daria ensejo a atuação estatal, já que o mesmo estaria sempre carente de recursos para prover suas atividades-fim (ARAGÃO, 2017, p. 103).

Nos últimos anos, tem-se observado uma intervenção estatal cada vez maior na exploração direta de atividades econômicas, não só através das tradicionais empresas públicas e sociedades de economia mista, mas também da realização de parcerias societárias com agentes privados, em que a entidade estatal figura como minoritária. Esses novos instrumentos vêm sofrendo uma série de críticas e se encontram sob o foco do Tribunal de Contas da União, em especial em virtude de problemas de transparência e de desvio de finalidade, bem como de sua possível inadequação para o atendimento do interesse público. Um novo ciclo interventivo se inicia, com a apuração dos métodos anteriores e adoção de novos instrumentos (FIDALGO, 2017, p. 30).

Nesse sentido, a intervenção do estado na economia pode gerar melhores resultados ao mercado, em virtude das ações de fomento, isto é, quando “as empresas estatais atuam não só com objetivos empresariais públicos relacionados a sua atividade em si, mas também a fomentar e apoiar regiões, setores, parcelas menos favorecidas da população” (ARAGÃO, 2017, p. 64). Dessa forma, busca-se a eficiência e a equidade tendo em vista a promoção do crescimento e do desenvolvimento econômico (RIBEIRO, 2017, p. 1)

Em linhas gerais, a eficiência está relacionada à questão da otimização da produção, do uso e da alocação dos recursos e do desenvolvimento da capacidade produtiva em termos

de desenvolvimento tecnológico. Já a equidade diz respeito à redistribuição da renda, à, buscando-se condições para que todos os indivíduos tenham acesso às condições básicas e necessárias ao bem estar social. Porém, buscar eficiência e equidade em um contexto no qual predomina o sistema capitalista não é tarefa fácil, uma vez que as bases do capitalismo estão assentadas na acumulação da riqueza, na propriedade privada e, dessa forma, na desigualdade entre as pessoas (RIBEIRO, 2017, p.1)

Contudo, o foco deste tópico será a abordagem das distinções entre as pessoas jurídicas de direito privado que se dividem em Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista, órgãos da administração Pública indireta.

4.2.1 Empresas Públicas

De acordo com a definição trazida por Marçal Justen Filho (2015, p. 287), “empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, assim qualificada pela lei e sujeita a regime jurídico diferenciado, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público”. Tem-se como exemplo a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Destrinchando o conceito, percebe-se que primeiramente, a característica da personalidade jurídica própria, ou seja, possui autonomia organizacional e patrimônio próprio. Entretanto, a personalidade jurídica da empresa pública é de direito privado, isto é, afasta-se algumas prerrogativas do direito público, para aplicar as regras de atuação atribuídas aos particulares. Frisa-se que as empresas públicas são fruto de previsão legal, ocasionadas pela autorização para criação de uma estatal ou em virtude de uma transformação de entidade já existente. Portanto, ainda que o Estado seja o único sócio de uma empresa privada, isso não a transforma em empresa pública (JUSTEN FILHO, 2015, p. 288).

No que tange ao regime jurídico diferenciado, a entidade qualificada como empresa pública, em regra apresenta molde societário aplicado às sociedades anônimas. Porém, o quadro societário é composto apenas por pessoas de direito público, não havendo impedimento à constituição de uma empresa pública unipessoal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 288).

Em relação ao objeto social das empresas públicas, sua atuação pode ser tanto a prestação de um serviço público, quanto ao desenvolvimento de atividade econômica propriamente dita. Finalmente, a competência jurisdicional dos processos envolvendo

interesses de empresas públicas federais foi outorgada a Justiça Federal por meio do art. 109, I da CF/1988 (JUSTEN FILHO, 2015, p. 288).

4.2.2 Sociedade de Economia Mista

Nas precisas lições de Marçal Justen Filho (2015, p. 290) “sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, assim qualificada na lei, que se encontra sob controle de um sujeito estatal”.

Assim como as empresas públicas, as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, apresentando-se sob o aspecto de sociedade anônima. Isso significa que o capital social é dividido em ações e que a responsabilidade dos sócios se restringe ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Sendo assim, o vínculo societário não se pauta na *affectio societatis*, porque não há relação de confiança entre os sócios em termos personalíssimos (JUSTEN FILHO, 2015, p. 290).

No que concerne ao regime diferenciado, tem-se que as sociedades de economia mista não são subordinadas as regras previstas para as sociedades anônimas comuns, somente naquilo que não tiver sido excepcionado. Por exemplo, se o Estado praticar atos que venham a prejudicar os sócios minoritários, incidirá as regras aplicáveis as sociedades anônimas comuns, uma vez que o abuso do poder de controle não se torna legítimo por ter sido praticado por entidade estatal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 291).

Importante salutar que as sociedades de economia mista podem ter sócios privados como titulares de suas ações, mas, o controle deve ser exercido por um sujeito estatal, usualmente um ente federado. Assim dispõe o art. 116 da Lei 6404/1976:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Tal definição não é incompatível com a noção de controle conjunto com sujeitos privados. Então, nada impede que o Estado viabilize um acordo com os acionistas particulares acerca do exercício do direito de voto. Contudo, tal acordo não poderá suprimir o poder do Estado para fins de eleição da maioria dos diretores e orientação do desenvolvimento dos

órgãos da sociedade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 292-293).

No mesmo sentido que as empresas públicas, as sociedades de economia mista “deverá enquadrar-se nos limites do serviço público ou de uma atividade econômica em sentido estrito” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 293).

No que se refere ao regime jurídico, este se diferencia do regime adotado nas empresas públicas, pois, na última admite-se exclusivamente capitais de origem pública, enquanto que nas sociedades de economia mista empreendedores privados também podem deter participação societária, acentuando-se seu cunho empresarial (JUSTEN FILHO, 2015, p. 293).

Dessa forma, a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas deverá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Todavia, Marçal Justen Filho (2015, p. 293) entende “É problemático afirmar que os fins buscados por essa entidade seriam essencialmente administrativos”.

No tocante a competência jurisdicional, convém expor o conteúdo normativo de algumas súmulas. Segundo a súmula 556 do STF, “É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. No mesmo sentido, o STJ decidiu na súmula 42 que compete à justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento. Contudo, o STF já pacificou que as sociedades de economia mista só têm foro na justiça federal, quando a união intervém como assistente ou oponente.

4.3 GOVERNANÇA CORPORATIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O presente tópico tem como objetivo analisar a aplicabilidade dos conceitos da governança corporativa na administração pública, diante do contexto atual que demanda eficiência, responsabilidade, ética, transparência e prestação de contas.

A governança corporativa é fundamental e indispensável para o equilíbrio administrativo nas tomadas de decisões dos gestores e das contas públicas, como ferramenta ou mecanismo para incentivar e controlar possíveis prejuízos financeiros oriundos de conflitos de interesses entre administradores e administrados. A adoção da prática de governança corporativa pelas instituições públicas e privadas está em uma ascensão acelerada, no Brasil. Cada vez mais, percebem-se instituições e órgãos públicos que buscam por melhoria em seu

desempenho e funcionamento econômico, eficiente e eficaz. Sabe-se que a prática de Governança Corporativa, tanto para as instituições privadas quanto públicas, tem como objetivo equilibrar de modo ético e responsável as economias das empresas ou das municipalidades em relação às políticas públicas e aos interesses da sociedade e, sobretudo, que a governança corporativa pública, volta-se para o atendimento do interesse público (SOUSA; FERREIRA NETO, 2013, p. 28).

Deve-se destacar a importância do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), que vem apoiando o fortalecimento do processo de implantação e aperfeiçoamento da governança corporativa no país. De maneira complementar, defende que a adoção de práticas de sustentabilidade corporativa é de fundamental importância para o sucesso dos negócios, pois acaba por contribuir para a criação de diferenciais competitivos e para o desenvolvimento sustentável (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 120).

Sem dúvida, a maior contribuição deixada pelo IBGC se deu a partir da divulgação e do aperfeiçoamento do seu código de conduta. Neste diapasão, o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa (CMPGC), aponta os caminhos para que as organizações possam melhorar seu desempenho, facilitando o acesso ao capital. Além disso, este código define as principais competências nas empresas, considerando como linha mestra a transparência, a equidade e a prestação de contas dos agentes da governança corporativa, quais sejam: conselho de administração, executivo principal e diretoria, auditores independentes e conselho fiscal (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 120).

Com efeito, apresenta-se a seguir os principais conceitos e recomendações contidas no código de conduta formulado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. A transparência é o primeiro deles. Nesse sentido, “o gestor precisa cultivar o desejo de informar, com a finalidade de criar um clima de confiança tanto nas relações internas quanto na relação com a sociedade, e não apenas cumprir com a obrigação de informar” (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 121).

O segundo conceito exposto no CMPGC se refere a equidade, ou seja, ao tratamento justo e igualitário a todos os grupos minoritários, sejam do capital, sejam chamados *stakeholders*, caracterizados pelos colaboradores, clientes, fornecedores, constituindo regra básica. Assim sendo, qualquer política discriminatória é considerada falta grave (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 121).

O terceiro conceito importante diz respeito a *Accountability*, isto é, “os gestores têm obrigação de prestar contas a quem os elegeu e responder integralmente por todos os atos que praticam no exercício de seus mandatos” (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 121).

Por último, a responsabilidade corporativa prega a necessidade de zelar pela perenidade da organização, adotando, para isso, as noções de ordem social e ambiental na consecução dos rumos dos negócios e operações. Neste item, o código define que a função social da empresa se caracteriza pela criação de riquezas e de oportunidades de emprego, estimulando o desenvolvimento científico e a melhoria da qualidade de vida, por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e a defesa do meio ambiente. Inclusive, recomenda-se que as empresas efetuem contratação de recursos e insumos da comunidade na qual a organização está inserida (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 122).

Entretanto, tais conceitos são insuficientes, levando-se em conta a sua aplicação no setor público. Isso dado que a aplicação da governança corporativa no setor público relaciona-se com as sérias dificuldades que a administração pública tem para tornar efetivas as suas ações, que em geral são morosas e inflexíveis, o que reflete na qualidade dos serviços públicos ofertados à população (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 122).

Nesse seguimento, a governança do setor público requer liderança do governo, já que um quadro efetivo exige a identificação e articulação da responsabilidade, assim como a apreciação das várias relações entre os *stakeholders* da organização e aqueles que são responsáveis pela gestão dos recursos e obtenção dos desejados resultados. No setor público, é necessária uma comunicação transparente e eficiente com o Ministro com o intuito de se estabelecer as prioridades governamentais (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 122).

A boa governança para o setor público não é um fim em si mesma, na medida em que requer um forte compromisso de todos os participantes, a partir de uma abordagem sistemática à gestão da organização, dando-se ênfase aos valores da entidade e conduta ética, gestão do risco, relacionamento com os cidadãos e os clientes e prestação de serviço de qualidade (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 122-123).

Por outro lado, exige-se também integridade na governança pública, uma vez que guarda relação com honestidade e objetividade, bem como probidade na administração dos fundos públicos e gestão dos negócios da entidade. A integridade depende da eficácia do controle estabelecido pelos padrões pessoais e profissionais dos indivíduos inseridos dentro

da organização, refletindo-se nos processos de tomada de decisão e na qualidade e credibilidade do seu relatório de performance (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 123).

A noção de responsabilidade impera como princípios da governança, sobretudo no setor público, pois, todos os envolvidos devem identificar e articular as suas responsabilidades levando em consideração quem é responsável por quê, perante quem, e quando. O reconhecimento da relação existente entre os *stakeholders* e aqueles a quem confiam a gestão dos recursos e que apresentam resultados, onde os Ministros, a Administração da entidade e o CEO são componentes importantes para uma responsabilidade saudável. O afastamento deste requisito impede que a organização de consiga atingir os seus objetivos (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 123).

Outro elemento de extrema importância é a transparência, essencial para ajudar a assegurar que os corpos dirigentes sejam verdadeiramente responsáveis, proporcionando a confiança necessária no processo de tomada de decisão e nas ações de gestão durante a atividade das entidades de gestão pública (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 123). A *International Federation of Accountants* (IFAC) (2001) realça que:

[...] a transparência é mais do que estruturas ou processos. Ela é também uma atitude e uma crença entre os intervenientes chaves, políticos, funcionários públicos e outros *stakeholders*, a quem a informação tem de ser exibida, e não é detida por qualquer entidade particular – ela é um recurso público, assim como o dinheiro público ou os ativos.

Frisa-se que o real desafio não se resume simplesmente na definição dos vários elementos de uma efetiva governança corporativa, mas sim, na garantia de que estes estejam holisticamente integrados dentro de uma abordagem da entidade pública, especialmente pelos seus funcionários. “Se estiver corretamente implementada, a governança corporativa pode promover a integração do quadro de gestão estratégica, necessária para obter os padrões de performance de *output* e *outcome* requeridos para atingir as suas metas e objetivos” (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 123-124).

Em suma, a boa governança no setor público requer, entre outras ações, uma gestão estratégica, gestão política e gestão da eficiência, eficácia e efetividade. É através da gestão estratégica que se viabiliza a criação de um valor público. Isso se refere à capacidade da administração pública atender de forma efetiva e tempestiva as demandas politicamente desejadas pela população e aptas a gerarem mudanças sociais (resultados) que modifiquem aspectos da sociedade. Com a gestão política, busca-se a obtenção da legitimidade dos dirigentes políticos junto a população. A gestão da eficiência, eficácia e efetividade são o uso

adequado dos instrumentos disponíveis para tornar viável uma boa governança (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 125).

4.4 O NOVO PARADIGMA DAS EMPRESAS ESTATAIS A PARTIR DA LEI 13.303/2016

Ora, o *compliance público* traduziria a própria moralidade administrativa. Mas, a moralidade administrativa não é o único princípio condutor da justificação e controle de tais programas. Importa considerar também a aplicação dos princípios da eficiência administrativa e o da razoabilidade ou proporcionalidade na conformação dos programas de integridade e conformidade das empresas, públicas ou privadas (GABARDO; CASTELA, 2015, p. 13).

Nesse seguimento, o professor Leandro Velloso (2015, p. 3) critica adoção dos programas de *compliance* na Administração Pública, visto que o princípio da impessoalidade e da supremacia do interesse público são inerentes às atividades públicas, portanto, independentem de padrões, procedimentos de integridade. Assim, o *compliance* tornaria ainda mais burocratizada a relação do Estado com as empresas privadas. Porquanto, com o intuito de efetivar a impessoalidade do agente público, o *compliance* não impediria a ocorrência de desvios de finalidade, salvo se o interesse público estivesse pautado verdadeiramente na vontade administrativa.

Malgrado as críticas feitas anteriormente ao instituto do *compliance*, aos 30 de junho de 2016, foi sancionada a Lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dedicar-se claramente a disciplinar a adoção de parâmetros de governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial, licitações e contratações praticadas pelas estatais.

O referido diploma normativo inovou em relação ao regramento aplicável até então as empresas públicas e às sociedades de economia mista, tanto as exploradoras de atividade econômica, quanto as prestadoras de serviço público, vide art. 1º, caput, da Lei 13.303/2016, prevendo, inclusive, um prazo de 24 meses para as estatais existentes promoverem as adaptações necessárias contidas na Lei das Estatais (AMARAL, 2016, p. 59-60).

Introduzido o espectro de incidência da Lei 13.303/2016, apresenta-se a noção de governança consagrada pela doutrina:

Governança corporativa consiste no conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas), enfim, aumentar a confiabilidade da companhia no mercado, mediante a valorização da empresa e a proteção das partes interessadas (stakeholders), dos investidores, dos empregados, do mercado e dos credores (AMARAL, 2016, p. 65-66).

Em última análise, o *compliance* integra a noção de governança corporativa, sendo um dos seus pilares fundamentais. Nesse sentido, o art. 9º da Lei 13.303/2016 elenca os requisitos mínimos para as regras de estrutura e práticas de gestão de riscos e controle interno.

O inciso I dispõe sobre a forma de atuação dos administradores e empregados. O texto legal menciona implementação cotidiana de práticas de controle externo, “o que significa que não se trata de regras excepcionais para situações peculiares, mas de regras permanentes a serem cumpridas tanto pela alta administração, como por seus empregados” (CARDOSO, 2016, p. 112).

Por sua vez, o inciso II contempla a definição da área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e gestão de riscos. Nesse seguimento, o § 2º do art. 9º diz que essa área deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

A atuação independente aparece como um aspecto de extrema relevância, tanto que o §4º do art. 9º estabelece que a área responsável pelos programas de *compliance* deve se reportar diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este descumprir a obrigação no sentido de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

O inciso III disciplina a instituição de auditoria interna e comitê de auditoria estatutário. A auditoria interna deverá ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário. E será responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras (CARDOSO, 2016, p. 113).

Portanto, depreende-se do dispositivo legal que as atividades da auditoria interna são eminentemente fiscalizatórias, tanto no que se refere aos aspectos financeiros, quanto no diz

respeito ao controle interno, gerenciamento de riscos e governança corporativa (CARDOSO, 2016, p. 113).

Já o Comitê de Auditoria é um órgão auxiliar do Conselho de Administração dotado de competências importantes tais como: opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente (inc.I); supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa pública ou da sociedade de economia mista (inc.II); supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista (inc.III); monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista (inc. IV) (CARDOSO, 2016, p. 114).

Mais adiante, o §1º do art. 9º dispõe sobre os requisitos mínimos do código de conduta e integridade a serem observados pelas estatais. Antes de adentrar nos requisitos propriamente ditos, é de preciso definir o que vem a ser o código de conduta e integridade. Este é o documento formal no qual são estabelecidas as normas concernentes ao modo de atuação da empresa pública ou de sociedade de economia mista, de seus administradores e de seus empregados, principalmente no relacionamento com terceiros e com a administração pública (CARDOSO, 2016, p.114).

O primeiro requisito diz respeito a adoção de princípios, valores na missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude (inc. I). Em suma, trata-se do regramento básico de atuação da empresa estatal e sociedade de economia mista (CARDOSO, 2016, p. 114).

O segundo requisito trata da criação de “instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade” (inc. II). Isto é, o código deve designar previamente a estrutura da empresa responsável pela atualização contínua e permanente das normas que regem as condutas e práticas da empresa pública e sociedade de economia mista (CARDOSO, 2016, p. 115).

O terceiro requisito refere-se ao estabelecimento de um canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas obrigacionais e de ética (inc.

III). Ressalte-se que o canal de denúncias deve ter o condão de assegurar o recebimento e processamento das denúncias de descumprimento, de modo a incentivar as denúncias por qualquer interessado. O quarto requisito complementa a noção do terceiro na medida em que impõe a adoção de mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que fizer uso do canal de denúncias (inc. IV). Isso porque a sujeição de retaliações proporciona o desestímulo de tal prática. Todavia, é preciso salientar que apenas o denunciante de boa-fé será protegido de retaliações, porque as denúncias falsas ou motivadas por questões pessoais frustram a efetividade do mecanismo de fiscalização difuso. Razão pela qual o próprio código deve determinar a punição adequada para as denúncias falsas, ou derivadas de atuação de má-fé (CARDOSO, 2016, p. 115-116).

Assim, o quinto requisito disciplina as sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade (inc. V). A sanção deve ser proporcional a gravidade da infração praticada, e apurada mediante procedimento administrativo interno perante órgão ou estrutura da empresa competente para aplicação da sanção prevista (CARDOSO, 2016, P. 116-117).

O sexto requisito estipula acerca da “previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores” (inc. VI). A periodicidade mínima, conforme a Lei 13.303/2016 é de um ano. Salienta-se que o treinamento deve ser efetivo, de acordo com o professor André Guskow Cardoso (2016, p. 117):

Não basta haver treinamentos ou apenas “fachada”, para o cumprimento da lei. Esses treinamentos devem se valer de métodos de ensino consagrados e contemplar avaliações para aferir o grau de retenção das regras por parte daqueles que lhe forem submetidos. A eventual insuficiência na avaliação deve conduzir à repetição do treinamento, ou ainda, à adoção de medidas mais drásticas previstas no Código de Conduta ou pelo estatuto da empresa pública ou sociedade de economia mista.

O art. 12, II prescreve que a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa. Frisa-se que o dispositivo não se restringe ao cumprimento formal do estabelecido na Lei das Estatais ou no Código de Conduta e Integridade, mas ratifica que haja uma constante evolução compatível com o desenvolvimento relativo às boas práticas de governança corporativa (CARDOSO, 2016, p. 118).

Outra previsão que deverá está contida no Código de Conduta e Integridade e será dirigida ao acionista controlador da empresa pública ou sociedade de economia mista de acordo com o art. 14, I da Lei das Estatais, refere-se a proibição de divulgar, sem autorização

do órgão competente, informação que possa causar impacto na cotação dos títulos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e em suas relações com o mercado ou com consumidores e fornecedores (CARDOSO, 2016, p. 118).

Uma previsão igualmente relevante para as bases da governança corporativa concerne a criação de um comitê estatutário para verificar a congruência do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros, vide art. 10. O objetivo desse dispositivo é reduzir ou até mesmo, eliminar as influências políticas e pessoais no processo de nomeação (CARDOSO, 2016, p. 118).

Feita essa breve análise sobre as normas gerais estabelecidas pela Lei 13.303/2016 relativamente a deveres de transparência, governança corporativa, estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno, é forçoso concluir que tais regras tratam-se de marco legal inovador.

Sem dúvida, é uma notável evolução, já que esse regramento tem o potencial de ampliar a transparência e regularidade na atuação das empresas estatais, bem como de ampliar o controle por parte da sociedade e pelos órgãos de controle, proporcionando que as entidades supracitadas sejam utilizadas para a consecução dos fins para os quais elas foram criadas. Sucede-se que ainda é cedo para afirmar com veemência se o estatuto jurídico das empresas estatais será suficiente para acabar com os desvios e abusos na utilização pelo Estado de tais entidades (CARDOSO, 2016, p. 119).

4.5 O *COMPLIANCE* ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O equilíbrio entre o *compliance* e o *accountability* parece ser um caminho razoável para mitigar a corrupção. Mas, assim como remédios ministrados no nosso corpo humano, deve-se avaliar a relação custo/benefício, notadamente pela aplicação dessa ideia diretamente no setor público, visto que se trata de um mecanismo desenvolvido para o setor privado considerando as suas peculiaridades, isto é, uma organização pautada num desenho mercadológico, sofrendo regulação de diversas naturezas (trabalhista, direitos humanos, ambiental etc, como um empecilho para que atividade econômica não afete de forma predatória a vida social (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 1).

É necessário refletir sobre esses fatos, até porque seria ingênuo pensar a norma como

uma panacéia salvadora, sem levar em conta os seus efeitos colaterais. Isso em um país de matriz burocrática, pode ser desastroso, contrapondo-se a uma aversão a formalidade e aderência a leis. De modo efetivo, o *compliance* vincula-se a uma postura do cumprimento legal, ou seja, de se adotar um comportamento esperado com o que se preconiza no sistema jurídico, envolvendo questões éticas e a busca de se evitar o fenômeno da corrupção no âmbito da organização (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 1).

Embora exista uma alta carga normativa, o Brasil padece de fissuras culturais na questão moral, o que torna a aplicação de tais medidas uma postura fundamental. Todavia, apenas o cumprimento da norma/postura ética é suficiente no setor público? Os resultados das Políticas Públicas seriam uma decorrência explícita da aderência as normas? Para Max Webber (1999, p. 43), resultados e conformidade são dimensões que se complementam. Assim, o autor atribui a concepção de burocracia compreendida como a estrutura do Estado, que consistiria em um complexo normativo com o qual agentes públicos recrutados por intermédio de seleção de mérito, desempenhariam suas funções em um ambiente hierarquizado, em um cânone de medidas que potencializariam a atuação estatal (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 2).

Desse modo, busca-se dar a maior eficiência possível para a estrutura interna do Estado, com a centralidade normativa. Não é por outro motivo que a burocracia teorizada por Weber é conhecida como burocracia ideal ou utópica. Entretanto, verifica-se que esse modelo ideal não tem logrado êxito em resolver questões do mundo real, cheios de riscos e contradições, o que foge do raciocínio positivista das normas pactuadas, o que acaba por desequilibrar a sua relação com uma visão mais consequencialista (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 2).

Relativamente à Administração Pública, a adoção hegemônica de uma cultura de *Compliance* poderia tornar a atuação desta ainda mais limitada, uma vez que o princípio da legalidade já condiciona a ação dos gestores, então a dimensão da conformidade poderia vir a comprometer a eficiência estatal, já que inibiria a inovação, e os arranjos que contribuem com os resultados das políticas públicas. Não se trata de um desprezo a legalidade, mas é preciso entender que o *compliance* público, é necessário na Administração Pública, mas não o suficiente. Torna-se indispensável coordenar esforços para o sucesso das Políticas Públicas (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 3).

No que tange a ação pública, sabe-se que esta é regida pelo princípio do formalismo, isto é, as ações estatais devem ser pautadas no que dispõe a lei, não se admitindo, via de regra,

atos praticados sem as observâncias das exigências legais, inclusive no que se refere à sua forma. Desse modo, ficará mais difícil e complexo a execução das ações estatais ante a tamanha exigência de requisitos e procedimentos prévios. Por vezes, se vislumbra na prática a atuação órgãos com poder de fiscalização dissociadas da realidade, o que prejudica ao próprio objetivo das Políticas Públicas (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 3).

Nesse cenário de estrita legalidade e conformidade, a adoção de uma política de *Compliance* que valorize somente o cumprimento das normas, deve ser sopesada pela noção de resultados, em virtude do princípio constitucional da eficiência, sob pena de um excesso de formalismo no setor público provocar um “engessamento” da atuação do Estado, que já possui suas dificuldades operacionais causadas pelas restrições do ordenamento jurídico e da sua interpretação por seus fiscalizadores. Até porque não existe maior ilegalidade do que uma política que não consiga atingir seus objetivos, de igual modo, não há maior corrupção do que a negativa de benefícios aos destinatários da ação pública (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 3).

Nesse sentido, conceber os programas de *compliance* unicamente como a utilização de mais exigências normativas para a prática de um ato é um erro, pois o *compliance* tem por objetivo não apenas simplificar o cumprimento da lei, mas sim, de fomentar valores éticos nos agentes públicos. Mas se isso não for construído dentro da percepção dos resultados da Política Pública, pode-se ter uma ação em si mesma, sem ultrapassar as barreiras da norma pela norma (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 3).

A título de comparação: a atuação ineficiente dos agentes privados tendem a propiciar o seu desaparecimento pela concorrência, assim, tem-se o *compliance* funcionando como óbice para as suas externalidades negativas. No setor público, a regulação estampada na Carta Magna através dos órgãos de controle interno e externo, previstos nos artigos 70 a 74, deve transcender a aplicação do *compliance* preconizada para a esfera privada, agregando-se uma dimensão finalística no contexto dos riscos de uma Política Pública não obter resultado positivo (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 4).

Isto posto, a implantação do *compliance*, com o objetivo de robustecimento do cumprimento legal, não parece ser suficiente para aumentar o grau de eficiência da ação do Estado, ao contrário disso. A discussão da conformidade sempre existiu na seara pública, entretanto, para que esta possa garantir a eficiência do Estado deve agregar-se agregando conceito de a *accountability* ou prestação de contas (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 4).

Por fim, a prestação de contas, ou a *accountability*, demonstra que os recursos foram

aplicados devidamente, com eficácia e eficiência, sem ela os gestores públicos não conseguirão se reeleger, a economia não progredirá e o cidadão não será beneficiado em suas demandas. Desta forma, parece ser um caminho razoável para mitigar a corrupção a relação de equilíbrio entre os valores do *compliance* e da *accountability*, ponderando-se as suas implicações éticas e legais, mas também os riscos da burocracia a partir do controle pelo controle, que como qualquer remédio, em excesso pode levar a doença (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 4).

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto e analisado neste trabalho, pode-se aduzir as seguintes considerações:

- a) a corrupção é um grave problema social, tendo em vista que repercute também no ordenamento jurídico brasileiro, causando inúmeros transtornos aos cofres públicos e a todas as esferas populacionais.
- b) o enfrentamento a corrupção não se restringe a uma questão moral ou de substituição do governante que esteja no poder para que o problema seja resolvido, o desafio também é de gestão, já que envolve aspectos ligados ao plano cultural e educacional. Portanto, é necessário aumentar a transparência nos assuntos públicos, adotando-se uma melhor governança e desenvolvendo novos mecanismos de gestão mais eficazes no combate as vulnerabilidades identificadas.
- c) no Código Penal Brasileiro, a corrupção passiva, se caracteriza pelos atos de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, conforme artigo 317. Em contrapartida, a corrupção ativa, disposta no artigo 333 do Código Penal Brasileiro, associa-se a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Sendo assim, o crime de corrupção, associa-se ao abuso de funções, já que visa à sujeição de bens públicos. O Estado, enquanto vítima do ato de corrupção, é uma entidade abstrata por conta da impossibilidade de identificar o ofendido.
- d) no âmbito do Direito Administrativo, a probidade compreende a aplicação e a legitimação principiológica, que se espera do agente público na medida em que a violação da moralidade possui íntima relação com o princípio da probidade, pois, a corrupção afeta diretamente os investimentos públicos em áreas fundamentais, tais como a saúde, educação, infraestrutura, segurança, habitação.
- e) no meio empresarial, a ética está inserida dentro da própria concepção de função social, uma vez que a livre atuação do mercado deve proporcionar um maior o nível de bem-estar geral da sociedade, portanto, demonstra-se incoerente a conduta antiética de uma empresa, que mantém-se dentro de um cenário

baseando em mentiras, práticas desleais de desvio de verbas, suborno e outros tipos de atos imorais.

- f) os investimentos estrangeiros no Brasil deram ensejo a necessidade de plena adequação da atividade empresarial perante as diretrizes internacionais advindas da norma anticorrupção, por ser um mecanismo de inibição em face dos delitos decorrentes da atividade econômica de cunho transnacional.
- g) os objetivos da implantação de uma política de *compliance* se traduzem no o cumprimento da legislação nacional e internacional, bem como das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenção de demandas judiciais; obtenção de transparência na condução dos negócios; proteção de informações confidenciais outorgadas à instituição por seus clientes; inibição de conflitos de interesse entre os diversos atores da corporação; evitar ganhos pessoais indevidos por intermédio da geração de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada e, por fim, a disseminação da cultura organizacional.
- h) a implantação das políticas de *compliance* se provam efetivas na medida em que aduz mais confiança nos investidores, construindo tanto para o mercado quanto para o consumidor uma imagem de integridade institucional, que se traduz numa reputação sólida e evita publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência. Ademais, embora a implantação de uma política de *compliance* anticorrupção traga altos custos para a organização empresarial, os prejuízos causados pela corrupção são, em regra, muito superiores.
- i) a Lei 12.846 de 2013 trouxe ao sistema brasileiro mudança de perspectiva no combate à corrupção estabelecendo sanções para as pessoas jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. De forma inovadora, a inclusão do art 7º, inciso VIII na referida lei disciplinou pela primeira vez o *compliance* no ordenamento jurídico nacional, prevendo 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.
- j) a Lei Anticorrupção regulamentou a antiga lacuna existente em razão da ausência

de meios específicos e eficazes de atingir o patrimônio das pessoas jurídicas, bem como a obtenção do efetivo ressarcimento no que diz respeito aos prejuízos causados por atos que lhe beneficiem. Para este fim, a adoção de medidas internas visando à prevenção de ocorrência de desvios foi imposta às empresas, através de códigos de ética ou de conduta, preparando os colaboradores da pessoa jurídica no momento da negociação com o poder público, evitando-se sanção na iminência de corrupção.

- k) a Lei 12.846/2013 revela-se na prática como uma lei de “improbidade empresarial”, uma vez que o seu objetivo central é tutelar a lisura comportamental dos agentes de mercado que se relacionam com o Poder Público no Brasil, instituindo a noção corporativa de *compliance*, na medida em que prevê as condutas empresariais ímprobas, desde que estas não tenham contado com a participação direta ou indireta de agentes públicos em conjunto com os agentes empresariais.
- l) os programas de *compliance* ou conformidade consistem na prevenção da corrupção, possibilitando um controle prévio e interno exercido pela própria empresa, no combate a atos corruptivos, antitruste, lavagem de dinheiro, subornos e pagamentos de facilitação, evitando-se o envolvimento dos funcionários em associações para o crime.
- m) é importante esclarecer que o Estado, isoladamente, não possui a menor condição de apurar toda e qualquer prática irregular, que possa, eventualmente, evoluir para um amplo esquema de corrupção. O real empecilho para o aumento na eficiência da atuação estatal é falta de estrutura física e tecnológica, especialmente quando se trata da capacidade de organização e desenvolvimento das grandes corporações atuais, que há muito já ultrapassaram as fronteiras do país.
- n) o *compliance* atua como verdadeiro instrumento de integração das bases da Governança Corporativa. Apesar disso, importa salientar que cada ramo da atividade empresarial estará exposto aos mais diversos riscos normativos inerentes à atividade desenvolvida. Sendo assim, não há que se falar em um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo este ser desenvolvido e analisado considerando as peculiaridades de cada caso.

- o) o surgimento das estatais se justificou a partir da necessidade do Estado ser dotado de instrumentos mais céleres de ação, uma vez que as pessoas jurídicas de direito público possuem amarras no que concerne a uma atuação eficiente na economia, marcada por dinâmicas de mercado que se alteram constantemente em função da demanda.
- p) a noção de uma administração pública gerencial ou de resultados revela, em verdade, a ausência de fronteiras estanques e absolutas entre o direito público e o direito privado. Sendo assim, admite-se a existência de um sub-ramo do direito, comum tanto ao Direito Administrativo, como ao Direito Societário, qual seja: Direito Administrativo Societário. Este ramo híbrido da dogmática jurídica se manifesta com a atuação do Estado na economia, através de pessoas jurídicas estatais, isto é, empresas públicas, sociedades de economia mista, sociedades de propósito específico controladas pelo Estado e as participações minoritárias do Estado.
- q) propõe-se, hermeneuticamente, a aplicação adaptada dos princípios da administração pública previstos no caput do art. 37 da CF/88, destacando que tais princípios não são exclusivos do Direito Administrativo, são aqueles que devem permear toda atuação da administração pública. Com efeito, o princípio da legalidade é aplicado de forma bastante atenuada, já que as estatais podem atuar livremente, exceto no que a lei lhes impuser ou vedar expressamente.
- r) já o princípio da impessoalidade impede a ocorrência de perseguições ou de privilégios indevidos em razão da preferência pessoal do administrador. O princípio da moralidade, por sua vez, impõe comportamentos de boa gestão. Ademais, o princípio da eficiência exige que o administrador público perfaça os melhores resultados com o menor ônus.
- s) o princípio da publicidade aplicado as estatais sob a interpretação da transparência e da governança corporativa. Nesse sentido, o acesso aos documentos das estatais incide de forma plena, salvo quando se tratar de hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.
- t) o surgimento da intervenção estatal na economia, se justificou a partir do fracasso

do mercado e da necessidade de recriá-lo, devendo garantir a livre competição e a eliminação da desigualdade. Assim sendo, o Estado passou a atuar em prol da justiça social objetivando uma distribuição justa de renda, passando a atuar, finalmente, na atividade econômica como empresário.

- u) a Constituição Federal legitima que o Estado exerça atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada, por meio das suas estatais, diante de um relevante interesse coletivo. Entretanto, entende-se que o mero interesse na obtenção do lucro não poderia justificar a atuação do Estado com base no dispositivo supracitado, uma vez que, se estaria invertendo, por via hermenêutica, a lógica do dispositivo. Este deixaria de ser uma permissão excepcional para o Estado exercer atividades econômicas, para toda atividade econômica pudesse ser exercida pelo Estado desde que autorizada pelo legislador, por consequência da ínsita probabilidade de lucro.
- v) a intervenção do Estado na economia pode gerar melhores resultados ao mercado, em virtude das ações de fomento. Dessa forma, busca-se a otimização da produção, do uso e da alocação dos recursos e do desenvolvimento da capacidade produtiva em termos de desenvolvimento tecnológico, bem como à redistribuição da renda.
- w) a governança corporativa é fundamental e indispensável para o equilíbrio administrativo nas tomadas de decisões dos gestores e das contas públicas, como ferramenta ou mecanismo para incentivar e controlar possíveis prejuízos financeiros oriundos de conflitos de interesses entre administradores e administrados.
- x) a boa governança no setor público requer, entre outras ações, uma gestão estratégica, gestão política e gestão da eficiência, eficácia e efetividade. É através da gestão estratégica que se viabiliza a criação de um valor público. Isso se refere à capacidade da administração pública atender de forma efetiva e tempestiva as demandas politicamente desejadas pela população e aptas a gerarem mudanças sociais (resultados) que modifiquem aspectos da sociedade. Com a gestão política, busca-se a obtenção da legitimidade dos dirigentes políticos junto à população. A gestão da eficiência, eficácia e efetividade são o uso adequado dos instrumentos disponíveis para tornar viável uma boa governança.

- y) a adoção de uma cultura de *Compliance* poderia vir a comprometer a eficiência estatal, já que inibiria a inovação, e os arranjos que contribuem com os resultados das políticas públicas. Não se trata de um desprezo a legalidade, mas é preciso entender que o *compliance* público, é necessário na Administração Pública, mas não o suficiente. É sabido que a atuação pública é regida pelo princípio do formalismo, isto é, as ações estatais devem ser pautadas no que dispõe a lei, não se admitindo, via de regra, atos praticados sem as observâncias das exigências legais. Assim, torna-se mais difícil e complexo a execução das ações estatais ante a tamanha exigência de requisitos e procedimentos prévios.
- z) conceber os programas de *compliance* unicamente como a utilização de mais exigências normativas para a prática de um ato é um erro, pois o *compliance* tem por objetivo não apenas simplificar o cumprimento da lei, mas sim, de fomentar valores éticos nos agentes públicos. Mas se isso não for construído dentro da percepção dos resultados da Política Pública, pode-se ter uma ação em si mesma, sem ultrapassar as barreiras da norma pela norma.
- aa) a prestação de contas, ou a *accountability*, demonstra que os recursos foram aplicados devidamente, com eficácia e eficiência, sem ela os gestores públicos não conseguirão se reeleger, a economia não progredirá e o cidadão não será beneficiado em suas demandas. Desta forma, pode ser um caminho razoável para mitigar a corrupção a relação de equilíbrio entre os valores do *compliance* e da *accountability*, ponderando-se as suas implicações éticas e legais, mas também os riscos da burocracia a partir do controle pelo controle, que como qualquer remédio, em excesso pode levar a doença.

REFERÊNCIAS

- ABBI, Associação Brasileira de Bancos Internacionais, e FEBRABAN, Federação Brasileira de Bancos. Documento Consultivo **Função de Compliance**. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf> Acesso em: 18/05/2017.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AMARAL, Paulo Osternack. Lei das Estatais: espectro de incidência e regras de governança corporativa. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). **Estatuto Jurídicos Das Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59-69.
- ANDRESKI, Stanislav. **African predicament**. Atherton Press, 1968.
- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **Criminal Compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 114, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito Administrativo Societário - Uma Introdução. **Revista dos Tribunais**. Vol. 974. ano 105. p. 201-222. São Paulo: Ed. RT, dez.2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: o regime das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1.ed. São Paulo: Forense, 2017.
- ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do Agente Público: Individualização da sanção por ato de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. Norma anticorrupção e os programas de compliance no direito brasileiro / Sérgio Augusto Alves de Assis. - Marília: UNIMAR, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2016.
- AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Programas de Compliance no âmbito da Lei nº 12.846/2013: importância e principais elementos**. In: Revista do Advogado nº 125. São Paulo. Ed. Altair Cruz AASP. 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- BRASIL. Lei 12.846/2013 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 12 mar. 2017.
- BERTONCINI, Mateus. **Direito Fundamental à Proibição Administrativa**. In OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano e GHIGNONE, Luciano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 5 : parte especial: dos crimes**

contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é Compliance no Âmbito do Direito Penal?** . Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em: 21/08/2017.

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. **Compliance no setor público: necessário, mas suficiente?**. Disponível em: <https://jota.info/artigos/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente-18042017>. Acesso em: 24 jul.2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL, Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL, **Decreto nº 4.410**, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em 20 jun. 2017.

BRASIL, **Decreto nº 5686**, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 19 jun 2017.

BRASIL, **Decreto nº 7.724**, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº-12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º-do art. 37 e no § 2º-do art. 216 da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em 17 de jun 2017.

BRASIL, **Decreto nº 8.420**, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL, **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL, **Lei 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou

função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 jun 2017.

BRASIL. **Lei 12.527** de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 17 jun 2017.

BRASIL. **Lei 12.846** de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 12 mar. 2017.

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

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). **Estatuto Jurídicos das Estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-119.

CLAYTON, Mona. **Entendendo os desafios de Compliance no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010.

COMPARTO, Fábio Konder. **Controle Conjunto, Abuso no Exercício de Voto Acionário e Alienação Indireta do Controle Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade do direito privado na administração pública**. Coimbra: Almedina, 2009.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado Empresário**. São Paulo: Almedina, 2017.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação**. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; ORTOLAN, Marcelo. Nova lei anticorrupção empresarial: avanços e perigos de uma super lei. *Gazeta do Povo*, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.gazeta-dopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675&tit=Nova-lei-anticorrupcao-empresarial-avancos-e-perigos-de-uma-superlei>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.292.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: A excelência na prática**. 1ª ed. São Paulo. 2014.

GLASSMAN, Guillermo. **Governança corporativa como atenuante na aplicação de sanções administrativas da Lei Anticorrupção**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4023, 7 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30072>>. Acesso em: 16 fev.2017.

GONÇALVES, José Antônio Pereira. **Alinhando processos, estrutura e compliance à gestão estratégica**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUEDES, Filipe Machado. As empresas estatais e o direito societário. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque, **Artigos de apoio Infopédia [em linha]**. Porto: Porto Editora, 2003-2016. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/\\$aurelio-buarque-deholanda-ferreira](https://www.infopedia.pt/$aurelio-buarque-deholanda-ferreira)>. Acesso em 24 ag. 2017.

IFAC. International Federation of Accountants. **Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective**. Study 13. 2001. Disponível em <<http://www.ifac.org>>. Acesso

em: 27 jan. 2017.

HSU, Kerley Guimarães Pinheiro. **Compliance: Nova Área de Atuação para os Profissionais do Direito**. 2015. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Tiradentes, Sergipe.

HUNTINGTON, S.P. **Political order in changing societies**. Yale University Press, 1968.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa – CMPGC**. 4ª revisão. São Paulo: IBGC, nov. 2008. Disponível em www.ibgc.org.br. Acesso em 05 jan. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015 **105** Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MATIAS PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública: Foco nas instituições e ações governamentais**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429/92**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDIETA, Villoria. **Ética Pública y Corrupción**. Madri: Tecnos, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas**. Fórum Administrativo [Recurso Eletrônico]: Direito Público, Belo Horizonte, v. 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em <[HTTP://dspace/xmlui/bitstream/item/9896/PDIexibepdf?sequence=1](http://dspace/xmlui/bitstream/item/9896/PDIexibepdf?sequence=1)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NAPOLITANO, Giulio. **Pubblico e Privado nel Diritto Amministrativo**. Milano: Guiffré, 2003.

NASCIMENTO, Melillo Diniz do. **A nova lei anticorrupção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4040, 24 jul. 2014. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/artigos/30435](http://jus.com.br/artigos/30435)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

NEVES, Ricardo Silva das. **Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública**. Revista Jus, Teresina, ano 19, n. 4008, 22 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29643>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. *Nobelprize.org*, 9 dec. 1993. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/northlecture.html>. Acesso em: 5 dez. 2014.

NUNES Cristina Brandão. **A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis**. Portugal: Vida Econômica, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAGOTTO, Leopoldo. **Esforços Globais Anticorrupção e seus reflexos no Brasil**. In DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.) *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. **Ética nos negócios: condições, desafios e riscos**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança Jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública**, Vol. IV, São Paulo, RT, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**. Função Econômica e Dilemas Societários. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

PLATES, José Rubens. **Direito Fundamental ao Governo Honesto**. In Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**:

contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 17-37.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa.** Ano 52, nº 205, Jan/Mar.2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509944>. Acesso em: 22 abri.2017.

RIBEIRO, Paulo Silvino. **Importância do Estado na roda da economia ;Brasil Escola.** Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/importancia-estado-na-roda-economia.htm>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

REIFF, Paulo de Bezerra de Menezes; PORTELLA, Renato Tastardi; RIBAS, Marcel Alberge. O papel do advogado nas investigações internas. In: **Revista do Advogado**, nº 125. São Paulo. Ed. Altair Cruz AASP. 2014.

RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico:** Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **A Corrupção como Fenômeno Social e Político.** 22.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional.** Disponível em: http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2>. Acesso em 25.Out. 2016.

SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez. In: **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Valência , Tirant lo Banch, 2013.

SOUSA, Kélika Christina de Oliveira; FEEREIRA NETO. **A Importância da Governança Corporativa para Gestão Pública Municipal.** Disponível em: <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20IMPORTANCIA%20DA%20GOVERNAN%C3%87A%20CORPORATIVA%20PARA%20GEST%C3%83O%20-%20KELICA%20E%20M%C3%81RIO.pdf>. Acesso em: 23 out 2017.

TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A percepção social da corrupção como problema principal: ganhos e desafios. **O Estado de São Paulo.** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/a-percepcao-social-da-corrupcao-como-problema-principal-ganhos-e-desafios/>. Acesso em: 13 jun 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio.** Brasília: ESMPU, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e**

Lei Anticorrupção. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

SPALDING, Andrew Brady. **The Irony of International Business Law: U.S. Progressivism, China's New Laissez Faire, and Their Impact in the Developing World** (march 25, 2011)

UCLA Law Review, v. 59, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1795563>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (IT). **Corruption perceptions index 2013.** Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. **Policy Brief 05/2014: Closing Banks To The Corrupt: The Role Of Due Diligence And Peps.** Disponível em <[Http://Www.Transparency.Org/Whatwedo/Publication/Business_Principles_For_Counterico_Bribery](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/Business_Principles_For_Counterico_Bribery)>. Acesso em 04 out. 2017.

VELLOSO, Leandro. **A Nova Moralidade nas Contratações Públicas, solução ou Farsa?.** Disponível em :<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leandro-veloso/o-compliance-e-as-contratacoes-publicas-a-nova-moralidade-publica-da-lei-anticorruptao-lei-1284613-solucao-ou-farsa>. Acesso em 24 fev. 2017.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei 12.846/13: elementos e estudo de caso.** Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2015.

WEBER, Marx. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**, vol. 1, Brasília: UNB, 1999.