



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APLICAÇÃO DAS REGRAS DE *COMPLIANCE* DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO
ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO

Ricardo Duarte Ferreira Figueira

Rio de Janeiro
2017

RICARDO DUARTE FERREIRA FIGUEIRA

APLICAÇÃO DAS REGRAS DE *COMPLIANCE* DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO
ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

APLICAÇÃO DAS REGRAS DE *COMPLIANCE* DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO

Ricardo Duarte Ferreira Figueira

Graduado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado.

Resumo – dentre os mecanismos jurídicos voltados para a tutela da moralidade administrativa destaca-se a recente "Lei Anticorrupção" (Lei n. 12.846/13). Este diploma legal, porém, preocupa-se unicamente com a repressão das condutas perpetradas por particulares em detrimento da Administração Pública, motivo pelo qual o presente Artigo propõe uma nova compreensão do tema, focado nos próprios agentes públicos, e na adoção de mecanismos de prevenção à "corrupção" presentes no Decreto n. 8.420/15, os denominados "Programas de Integridade".

Palavras-chave – Direito Administrativo. Tutela jurídica da moralidade pública. Corrupção no Poder Público. Programas de Integridade (*Compliance*). Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13). Decreto n. 8.420/15. Administração Pública Direta e Indireta.

Súmbrio – Introdução. 1. O Poder Público como vítima e como autor da corrupção. 2. Porque a Lei Anticorrupção é insuficiente para tutelar a moralidade pública. 3. O combate preventivo a corrupção por meio de programas de integridade (*Compliance*) previstos na Lei n. 12.846/13 e no Decreto n. 8.420/15. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica destina-se a analisar a aplicabilidade dos Programas de Integridade (mais comumente conhecidas como "regras de *compliance*" previstos no Decreto n. 8.420/15, que regulamentou a Lei n. 12.846/13 - conhecida como "Lei Anticorrupção" - no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Público, a fim de viabilizar o controle preventivo da "corrupção", aqui entendida em sentido genérico como o conjunto de atos lesivos à moralidade pública.

A Lei n. 12.846/13, que se popularizou com o nome de "Lei Anticorrupção" e representou importante marco na tutela jurídica da moralidade pública, contempla uma série de normas relativas a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. A própria lei define sua aplicabilidade em relação às sociedades empresárias e não empresárias, bem como associações e fundações, de forma que, em princípio, não estariam abrangidos os próprios órgãos e entidades públicas que integram a própria Administração Pública.

Em 2015, por sua vez, a Lei Anticorrupção foi regulamentada pelo Decreto n. 8.420, que trouxe uma série de disposições inovadoras acerca do combate preventivo à corrupção, dos quais destacamos os chamados "Programas de Integridade", mais popularmente conhecidos como "práticas de *compliance*". Nada mais são que códigos de ética que visam a estimular a adoção de comportamentos compatíveis com a legislação vigente, e que representam tendência mundial de "moralização" das atividades empresariais e também estatais. O escopo do referido Decreto, todavia, é voltado para entidades privadas (empresariais ou não) que se relacionem com o Estado.

Tendo isso em vista, este artigo acadêmico aponta, em verdade, para a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico que busca tutelar a moralidade pública, uma vez que, embora existam algumas normas *repressivas* e punitivas de desvios cometidos por agentes públicos (como o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa), neste contexto específico carecemos de mecanismos de controle *preventivo* da conduta probada dos gestores públicos, que estimulem o comportamento ético e consciente nas corporações públicas. O objetivo geral, portanto, é o de discutir a possibilidade de aplicarmos diretamente aos agentes e entidades públicas os modernos Programas de Integridade previstos no supracitado decreto federal que regulamentou a Lei Anticorrupção. Com isso, estaríamos preenchendo um vácuo legislativo e propiciando um melhor diálogo entre as normas que compõem esse "microssistema" normativo de tutela da moralidade pública.

Com esse propósito, no primeiro capítulo, serão analisados, de forma mais específica, meios repressivos e preventivos de combate à corrupção no âmbito do Poder Público, a fim de constatar que a corrupção não é fenômeno que deve ser enfrentado somente sob o viés das condutas ilícitas praticadas por atores privados em face do Estado.

Em seguida, o segundo capítulo, tomando por base a própria Lei n. 12.846/13, será feito cotejo com outras regras de combate à corrupção voltadas aos agentes públicos, bem como com alguns regimes jurídicos de outros países, a fim de traçar paralelos. O objetivo específico aqui é a demonstração de que os meios preventivos da corrupção, isto é, aqueles baseados na construção de comportamentos e padrões éticos, são tão importantes quanto os meios sancionatórios e punitivos.

No terceiro capítulo, será feita uma análise conjuntural dos dispositivos legais que consagram os Programas de Integridade no Decreto n. 8.420/15, a fim de adaptá-las, na medida do possível ao contexto dos órgãos e entidades públicas. Tomando-se

como premissa central do artigo científico o de que é possível aplicarmos as regras de *compliance* a tais organismos públicos, o trabalho neste capítulo será o de desenvolver teoricamente os critérios pelos quais podemos implementá-las concretamente.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se em determinadas premissas e daí analisando propostas hipotéticas, que serão demonstradas ou rejeitadas argumentativamente. Para tanto, a abordagem dos objetivos será qualitativa, com ênfase em estudos já existentes, eminentemente doutrinários, enfocando no Brasil, mas também com suporte empírico em elementos do Direito Comparado (notadamente no segundo capítulo), para sustentar a tese.

1. A TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

O Direito brasileiro contempla uma série de diplomas normativos que tutelam o bem jurídico da moralidade pública face aos ilícitos perpetrados por agentes públicos¹, a começar pela própria Constituição Federal² (CF/88), quando prevê que a lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato a cargo eletivo (art. 14, § 9º). Ademais, dentre os princípios constitucionais que informam toda a Administração Pública – ou, melhor, todo o Poder Público, em todos os níveis federativos – está justamente a moralidade (art. 37, *caput*).

Merece destaque a vetusta Lei n. 1.079/50³, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade e também prevê o procedimento destinado a aplicar a sanção (política⁴, e não penal) de perda do cargo – o processo de *impeachment* – destinado a reprimir os desvios praticados pelas maiores autoridades do país, como o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

¹ Aqui adota-se a classificação adotada comumente pela doutrina publicista, que usa a expressão “agente público” como a categoria mais genérica, que abrange todos as pessoas que possuem relação jurídica com o Poder Público, desde os cargos políticos, até os empregos públicos nas empresas estatais. Conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. Pp 596 e 597.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁴ FAVER, Marcus. *Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, jan./abr. 2016. Pp 334/335.

Considerando-se que a moralidade pública é um bem jurídico de natureza transindividual⁵, ela é também objeto dos chamados processos de tutela coletiva de direitos para reprimir desvios que causem prejuízo ao patrimônio público. Em primeiro lugar, a Lei n. 4.717/65⁶, que prevê o processo da ação popular, considerada a “ação cívica” por excelência⁷, já que municia todo e qualquer cidadão de poderoso instrumento para proteger a própria coisa pública contra os ilícitos perpetrados pelos agentes públicos. Em segundo, a Lei n. 7.347/85⁸, que disciplina o processo da ação civil pública e que visa à proteção do patrimônio público e social (art. 1º, VIII). Tendo em vista que a ação popular é própria do cidadão e que a ação civil pública pode ser manejada por uma série de outras entidades, como o Ministério Público, as associações civis, além dos próprios entes federativos, existe reciprocidade e diálogo normativo entre essas fontes legais, no que se convencionou denominar de microsistema da tutela coletiva de direitos, e que fornece a muitos os instrumentos processuais relevantes para detectar e punir irregularidades que porventura ocorram no âmbito do Poder Público.

Outro sistema normativo importante é o da Lei n. 8.429/92⁹, que disciplina a ação de improbidade administrativa. Embora o processo de improbidade seja usualmente classificado como um de natureza cível, tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam¹⁰ que ele se aproxima, ao menos no seu rito, do processo penal, ainda que jamais possa culminar na privação da liberdade corporal.

Pode-se mencionar, ainda, outras diversas normas que proíbem condutas vulgarmente enquadradas na “corrupção”, como: a Lei n. 8.112/90¹¹, o estatuto dos servidores públicos federais, e que contém diversas normas disciplinares; a Lei

⁵ THEODORO, Amanda, SCHITINI, Larissa Almeida, MELO, Luciano Luiz Bandeira de. A ação civil pública na defesa do princípio da moralidade administrativa. In: *Revista Jurídica da Faminas* - v. 4, n. 2, Ago.-Dez. de 2008. P. 11 a 13.

⁶BRASIL. Lei nº 4.717, de 9 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado De Injunção, Habeas Data. 18. ed. atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997. Interessante destacar que a ação popular foi criada pela Constituição democrática de 1934, embora só tenha sido regulamentada trinta anos após, certidão de nascimento essa que atesta seu propósito de tutelar um dos valores mais caros do Estado Democrático de Direito.

⁸BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁹BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰ Tanto é que o STF, no julgamento da Reclamação n. 2138, concluiu que os atos de improbidade administrativa descritos na Lei nº 8.429/92 "*constituem autênticos crimes de responsabilidade*". Conferir: STF - Rcl 2138/DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno.

¹¹BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Complementar n. 101/00¹², denominada “Lei de Responsabilidade Fiscal” que institui uma série de regras para a boa gestão dos recursos públicos; a Lei n. 8.666/93¹³, que regula as licitações e contratações públicas – terreno bastante fértil, no Brasil, para a ocorrência de fraudes e desvios – e prevê uma série de disposições criminais; por fim, o Código Eleitoral¹⁴, com um amplo regramento destinado à apuração, persecução e punição de crimes ocorridos no contexto das eleições públicas, e o próprio Código Penal, que tipifica diversos delitos contra a Administração Pública, como as figuras típicas da corrupção ativa e passiva e o peculato.

Conclui-se, pois, que o Estado tanto corrompe quanto é corrompido, e que as autoridades públicas também são contempladas como potenciais autores de ilícitos contra a coisa pública, o que inquestionavelmente autoriza a aplicação das respectivas punições.

É nesse contexto normativo que se insere a Lei n. 12.846/13¹⁵ – Lei Anticorrupção – devendo ser compreendida como parte integrante do microsistema normativo de tutela da moralidade pública, que conta com a participação de cidadãos, de organizações não governamentais (*e.g.* associações civis), de órgãos públicos (*e.g.* Ministério Público), e busca preservar a “coisa pública” contra a ingerência antijurídica de agentes públicos e pessoas privadas. É um sistema abrangente, tanto do ponto de vista subjetivo (quem é legitimado para figurar no polo ativo e passivo desses processos), quanto do ponto de vista objetivo (protege não só o dinheiro público, mas também valores como a honestidade e a probidade, que justificam, por exemplo, a vedação do nepotismo e a transparência nas atividades estatais).

Todavia, esse histórico legislativo envolvendo o fenômeno da “corrupção”, no presente artigo científico, deve ser entendido como diagnóstico de um problema: a necessidade de contemplar também medidas de índole preventiva e não só repressiva para enfrentar a corrupção. Todas essas leis são de natureza sancionatória, vez que projetam a reação do Estado ou dos cidadãos ante a verificação de uma conduta ilícita por parte de um agente público, tanto na esfera política quanto na esfera administrativa, mediante a aplicação de uma punição.

¹²BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹³BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁵BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Disso decorre, então, que todas essas medidas, por envolverem cerceamento de direitos, são necessariamente processualizadas, em prestígio do princípio do devido processo legal, seja na esfera administrativa ou judicial. Assim, tem-se que ou os processos são genuinamente penais ou se aproximam da sistemática processual penal¹⁶, embora não tenham tal natureza, também por força dos princípios constitucionais que regem a supressão de direitos fundamentais como decorrência da prática de ilícitos.

Embora seja certo que toda norma repressiva detenha uma carga preventiva, pois a reafirmação da validade e eficácia da ordem jurídica por meio da aplicação das sanções cabíveis aos infratores desestimula a prática de ilícitos, somente com a regulamentação da Lei Anticorrupção pelo Decreto n. 8.420/15¹⁷ surgiu uma preocupação maior com mecanismos genuinamente preventivos, notadamente pela instituição dos já citados Programas de Integridade, inseridos no contexto mais amplo da adoção de práticas de governança corporativa no empresariado brasileiro. Esses programas, de fato, poderiam ser aplicáveis, pela técnica interpretativa da analogia, também aos agentes públicos, com as devidas adaptações, a despeito de essa não ter sido uma preocupação da Lei Anticorrupção.

No próximo capítulo, será brevemente estudada a importância das regras de gestão proba e consciente com base em alguns exemplos de Direitos estrangeiros, e, no capítulo subsequente, a possibilidade de adaptação das inovações do Decreto n. 8.420/15 à disciplina jurídica dos órgãos e entidades públicas.

2. PORQUE A LEI ANTICORRUPÇÃO É INSUFICIENTE PARA COMBATER A CORRUPÇÃO NO SETOR PÚBLICO

A Lei Anticorrupção adotou uma sistemática nitidamente repressiva, como se vê pela instituição de mecanismos de responsabilização na esfera administrativa (arts. 6º a 15) e judicial (arts. 18 a 21), bem como pela regulamentação dos acordos de leniência (art. 16), cuja principal função é a de cooperação na averiguação de outros ilícitos dessa espécie, bem como de reparação dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras.

¹⁶ SILVA, Marcela Sacchi da. *Material de apoio para estudo de Direito Administrativo*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2011. P. 3.

¹⁷BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Existem, todavia, outros mecanismos de índole preventiva que propiciam igualmente a tutela da coisa pública. O primeiro deles, e quiçá mais relevante, é o da exigência da máxima transparência possível a respeito das atividades dos agentes públicos, principalmente sob o ponto de vista financeiro, a fim de que quaisquer cidadãos tenham acesso à informações sobre dispêndios, declarações, orçamentos etc. É notório que os entes públicos em geral, bem como seus órgãos e entidades vinculadas, geralmente divulgam por meio de portais na rede mundial de computadores¹⁸ (*Internet*) informações relativas aos gastos e recursos públicos.

Deve-se, destacar, porém, que sob o ponto de vista das atividades de *compliance*, tanto para o setor privado quanto para o público, exige-se que a transparência consista numa postura ativa do gestor, a fim de que ele busque, pelos melhores meios, a integração e participação da própria população interessada no acesso à tais informações e, na medida do possível, a simplificação de sua exibição, uma vez que comumente apresentam dados técnicos e estruturas de exibição que dificultam uma boa percepção sobre os dados pelo indivíduo leigo, e facilitação de acesso. Assim, tanto como numa sociedade anônima com gestão proba se espera que os administradores busquem a maior participação possível dos acionistas quando da divulgação dos detalhes sobre as atividades desenvolvidas, também o gestor público deve buscar, mediante uma postura mais ativa, a divulgação dos dados sobre o adequado emprego dos recursos públicos. Obviamente, quanto mais participativa e engajada for a população interessada, num Município, os cidadãos; num órgão público de qualquer dos entes federativos, os próprios servidores e os administrados; numa agência reguladora, o setor regulado, menos estímulo terão os gestores públicos para evitar a adoção de mecanismos de transparência substancial,

O melhor exemplo, no Direito pátrio, da adoção de uma sistemática de transparência pública, é a da Lei Complementar n. 101/00¹⁹, cujos arts. 48 e seguintes instituem uma série de medidas de transparência, aos quais deve ser dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, e por meio do incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, bem como regras específicas de contabilidade das contas públicas. Assim, não basta a simples publicação de informações, mas deve ser estimulada a integração da sociedade civil seja integrada na

¹⁸ Como exemplo, destaca-se o Portal da Transparência do Governo Federal, mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

¹⁹ Ver nota de rodapé nº 12.

gestão financeira da coisa pública, o que constitui, em última análise, a um imperativo da vida cidadã numa democracia contemporânea.

O aspecto da transparência, como regulamentado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, identifica também outro pilar da moderna concepção de gestão responsável, que é a prestação de contas, comumente denominada *accountability*. No âmbito privado, a fiscalização e controle externo geralmente é feita por pessoas jurídicas especializadas no ramo da auditoria (notadamente contábil), mas, no setor público em muito se atribuiu tal propósito fiscalizatório à própria instituição dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes à tripartição de Poderes. O maior exemplo disso é a sistemática pela qual o Poder Legislativo exerce controle sobre a atividade do Poder Executivo, exigindo-se, por exemplo, que as contas da Administração Pública sejam apreciadas em debate parlamentar (arts. 49, IX e X, e 84, XXIV, ambos da CF/88²⁰) ou que os atos dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos sejam apreciados por tribunal de contas (art. 71, da CF/88²¹). Tais mecanismos são imprescindíveis, mas, no atual contexto, busca-se fundamentalmente uma maior participação democrática no manejo da coisa pública, de forma a reforçar tais mecanismos de prestação de contas e responsabilização da gestão pública, uma vez que o gestor público deve justificar-se não somente perante os representantes do povo, mas também perante o próprio povo, diretamente. As tecnologias de informação do século XXI são capazes de propiciar uma reanálise da participação da sociedade civil no Poder Público, sem que se precise necessariamente cogitar da intermediação de agentes políticos.

Foram feitas duas breves referências a elementos que atualmente são considerados dois pilares fundamentais da “governança corporativa”, a transparência e a prestação de contas, ao lado da própria noção de integridade e lealdade. A alusão foi proposital, uma vez que, em reforço à tese desenvolvida neste artigo, é possível cogitarmos da aplicação, com as devidas adaptações, de todo o arcabouço teórico e prático desenvolvido nos últimos anos acerca do instituto da governança corporativa²² para os órgãos e entidades públicas. É certo que não se pode equiparar um governo a uma empresa, mas, analisando de forma abstrata e focando unicamente no aspecto da

²⁰ Ver nota de rodapé nº 2.

²¹ Ibid.

²² Em síntese, a governança corporativa pode ser definida como um conjunto de princípios, práticas e relacionamentos entre os acionistas/quotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal das empresas, com vistas de otimizar o seu desempenho e facilitar o acesso ao capital, tornando-a mais atrativa aos investidores. Conferir, a esse respeito, a sistematização dos princípios básicos da governança.

gestão pública, é possível avaliarmos a importação dos princípios básicos da boa gestão empresarial também para a ela, não somente no aspecto financeiro, mas também político-democrático, envolvendo a relação do agente público com os cidadãos, e até mesmo social²³. Afinal, toda a temática da malversação dos recursos públicos que justifica a tutela da moralidade administrativa reside num primordial “dilema da agência”²⁴ entre o agente público e os cidadãos, sendo estes os titulares do patrimônio público, e aqueles meramente seus gestores.

Buscou-se, com essa breve explanação, demonstrar que existem diversos outros mecanismos relevantes voltados, em última análise, à preservação da moralidade pública, e que são altamente reforçados e valorizados no contexto da moderna democracia, marcada, de um lado, pela crise de representatividade dos agentes públicos e, de outro lado, pela maior possibilidade, em razão das modernas tecnologias de informação, de participação direta de cidadãos nos assuntos públicos. Esses mecanismos, a exemplo das práticas de boa governança, poderiam ser adaptados à estrutura do Poder Público, e poderiam gerar positivos impactos na relação do Estado com os cidadãos.

3. O COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO POR MEIO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

O Decreto n. 8.420/15²⁵ disciplina detalhadamente, nos seus arts. 41 e 42, o Programa de Integridade, assim entendido o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo

²³ Por exemplo, pelo desenvolvimento e estímulo de concepções de responsabilidade social, na realização de políticas públicas que afetem determinadas populações, projetando-se os seus efeitos e consequências futuras.

²⁴ Em ciência política e economia, o problema do principal-agente ou dilema da agência trata as dificuldades que podem surgir em condições de informação assimétrica e incompleta, quando um principal contrata um agente, tais como o problema de potencial conflito de interesses e risco moral, na medida em que o principal está, presumivelmente, contratando o agente para prosseguir os interesses do principal. No contexto desse artigo, a alusão que se fez ao “dilema da agência” invoca a ideia de que os gestores da coisa pública, notadamente os detentores de mandatos eletivos, deixam de agir como “representantes” do povo quando surge, em razão de diversos fatores, a possibilidade de agirem conforme seus próprios interesses, o que desperta sérios questionamentos à luz dos princípios básicos da república, da democracia e da moralidade.

²⁵ Ver nota de rodapé nº 17.

de detectar e sanar desvios, fraudes e irregularidades. Adequada, neste momento, a análise pormenorizada dos dispositivos a fim de avaliar as possibilidades de serem adaptados à dinâmica das entidades e órgãos públicos.

O parágrafo único do art. 41 contém interesse previsão, no sentido de que o programa de integridade seja estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica. O raciocínio, que propicia um apropriado casuísmo, é aplicável às pessoas de direito público, uma vez que não se pode conceber que uma secretaria municipal opere com base na mesma dinâmica de um ministério federal, ou uma autarquia em relação a uma fundação pública. Como visto no capítulo anterior, existem determinadas premissas e princípios que devem nortear todo o Poder Público, entendido como um único corpo estruturado, como a da transparência, da ética, da responsabilização, ao passo que determinados riscos, como aqueles relativos à gestão do erário público, são universais.

Ainda assim, é de se notar que cada entidade e órgão público deve ser compreendido à luz de suas próprias peculiaridades, notadamente pelo fato de que os Programas de Integridade tomam em consideração as relações internas da pessoa jurídica – isto é, os agentes públicos – bem como as relações externas, com terceiros – isto é, as demais pessoas jurídicas públicas ou privadas. Nada disso impede, por outro lado, que sejam criados, à título de “normas gerais”, Programas de Integridade de superposição, isto é, diretrizes gerais aplicáveis a todas as entidades e órgãos de determinada estrutura administrativa. Exemplificando com a Administração Pública federal, seria incumbência da Presidência da República a edição de um Programa de Integridade aplicável a todos os Ministérios federais, bem como às autarquias, sem prejuízo de que cada uma delas, por meio dos seus atos normativos próprios, esmiúce com maior detalhamento as disposições aplicáveis ao seu próprio quadro de funcionários e ao regime de relacionamento com terceiros. Este último aspecto é bem mais sensível, por exemplo, em relação a uma agência reguladora responsável pela fiscalização e controle de determinado setor econômico ou de serviços públicos, ou a uma secretaria municipal de turismo envolvida com empresas particulares interessadas no patrocínio e investimento de eventos públicos.

O art. 42 do referido decreto federal, por sua vez, lista, em dezesseis incisos, os parâmetros que devem basear os Programas de Integridade, como o estabelecimento de padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade (inciso III), bem como controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e

demonstrações financeiras (inciso VII), e a independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento (inciso IX).

Determinadas disposições são, por certo, inaplicáveis ao setor público, como a que diz respeito à previsão de programas específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios e contratos administrativos, dentre outras interações com o setor público (inciso VIII), a que estabelece verificação de cometimento de irregularidades durante processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias (inciso XIV), ou a que determina maior transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos²⁶ (inciso XVI). Essas previsões, porém, para fins do presente Artigo Científico, são a exceção, pois, em regra, os parâmetros legalmente estabelecidos para confecção de Programas de Integridade por pessoas jurídicas de direito privado são igualmente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, não sem algumas adaptações.

Indo mais além, vale mesmo avaliar a possibilidade de aplicação, por analogia, das previsões dos §§ 3º e 5º do art. 42 – que preveem menor formalismo na criação de Programas de Integridade por microempresas e empresas de pequeno porte, excluindo a aplicação de alguns dos incisos do *caput* do art. 42 – a determinados órgãos e entidades públicas considerados de menor porte. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que necessita de preenchimento por ato normativo interno da própria estrutura orgânico-administrativa à qual o órgão ou entidade está vinculado, mas a ideia básica é a de que determinados órgãos do Poder Público são demasiado pequenos, seja em razão da menor complexidade de suas funções, do menor manuseio de recursos públicos, ou outros critérios, o que justifica a criação do que poderia ser considerado um Programa de Integridade simplificado. Seria uma lógica útil para um sem-número de Municípios com menos recursos ou mesmo alguns Estados cuja estrutura administrativa seja menos desenvolvida.

Questão que exige análise mais detida diz respeito à adaptação das prescrições dos §§ 1º e 2º do art. 42 do Decreto n. 8.420/15, que preveem na avaliação dos parâmetros que devem compor os Programas de Integridade, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, como a quantidade de funcionários, empregados e

²⁶ Em 2015, mesmo ano em que publicado o Decreto n. 8.420/15, foi também publicada a Lei n. 13.165/15, conhecida popularmente como “minirreforma eleitoral” por ter modificado uma série de disposições na legislação relativa às eleições, aos partidos políticos e do Código Eleitoral, inclusive vedando, como regra, doações a qualquer pretexto realizadas por empresas à partidos políticos e candidatos em eleições, a fim de coibir o chamado “financiamento privado de campanhas eleitorais”.

colaboradores (inciso I), a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores (inciso II), dentre outros. Alguns aspectos, como o setor do mercado em que atua (inciso IV) e o grau de interação com o setor público (inciso VI), obviamente, exigirão um maior esforço hermenêutico e adaptativo, mas, em geral, percebe-se a conveniência da comparação, para fins de adoção dos códigos de ética, de um corpo orgânico estatal com uma empresa que atua na economia. Paralelamente à uma sociedade empresária se vale dos recursos investidos pelos seus sócios e por terceiros para a realização de uma atividade lucrativa, o Estado manuseia os recursos da coletividade para perseguir a realização de bens comuns. Também o Estado, assim como qualquer entidade privada, com ou sem fins lucrativos, deve se sujeitar a controles por seus membros, quando receba recursos, e os agentes que nele exercem funções públicas sujeitos a padrões éticos de conduta.

É dada ênfase principalmente ao aspecto do manejo dos recursos públicos pelos órgãos que integram o Poder Público, mas obviamente a noção de ética e moralidade na Administração Pública vai muito além, e abrange todo um conjunto de padrões comportamentais voltados à concretização de valores como a isonomia, a probidade, a eficiência na gestão da coisa pública, dentre outros que encontram sede na Constituição da República²⁷ (arts. 3º, I e IV, e 37, *caput*). Desde o trato dos administrados com urbanidade por parte dos agentes públicos quando buscarem a realização de uma atividade de seu interesse em repartição pública, até as premissas de honestidade e transparência na gestão dessas atividades.

A ideia de probidade e moralidade no âmbito público possui tão relevante carga valorativa, inclusive na Constituição Federal, que deve permear toda a atividade pública, e todos os entes públicos, e não somente o Poder Executivo no serviço da atividade administrativa – embora seja esse que tenha a relação mais direta com os cidadãos – mas também o Poder Legislativo e do Poder Judiciário, especialmente pautados nos primados da transparência e da responsabilidade. Nesse contexto, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça exerce relevante papel na moralização da atividade judiciária²⁸, sendo recomendada a reprodução desse modelo fiscalizatório, por meio do controle externo, em outras esferas do Poder Público, ainda que com diferentes escopos de atuação. O raciocínio é válido inclusive para os órgãos parlamentares, como

²⁷ Ver nota de rodapé nº 2.

²⁸ CARVALHO, Ernani. “O Controle Externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul”. *Revista da Biblioteca do Senado Federal*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. P. 107.

o Congresso Nacional, merecendo reforço os mecanismos internos e preventivos de controle das atividades administrativas desses órgãos.

CONCLUSÃO

A Lei Anticorrupção veio em 2013 com o propósito de tutelar o próprio Estado nas suas relações com os particulares que gerassem prejuízo à coisa pública. O sujeito ativo da conduta é o particular, notadamente as empresas privadas cuja atividade envolva um maior grau de contato com o Poder Público, como aquelas voltadas para obras ou serviços públicos. Claramente a intenção do legislador foi a de coibir eventuais desvios ou uma promiscuidade na relação dos entes estatais com o empresariado, como se lê na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que germinou a Lei n. 12.846/13.

A premissa, porém, é válida também para as condutas de imoralidade administrativa praticadas pelos próprios agentes públicos, uma vez que também nesta situação o Estado figura como vítima.

Nesse contexto, em existindo possíveis lacunas no ordenamento jurídico que permitam a solução do problema jurídico consistente na prevenção de condutas inseridas no escopo da "corrupção", é função do intérprete do Direito colmatar os claros da norma. A própria legislação apresenta, como possibilidade, o emprego da analogia, técnica sugerida neste Artigo Científico até que surja nova lei expandindo ou adaptando o regime jurídico previsto na Lei n. 12.846/13 e no Decreto n. 8.420/15 aos agentes públicos em suas relações com o próprio Poder Público.

A política do *compliance* - denominado pela legislação brasileira de "Programa de Integridade" não constitui propriamente uma inovação no exterior, tampouco sua aplicação no âmbito das entidades estatais, especialmente nos órgãos que prestam serviços públicos, cuja relação com o cidadão é direta e mais evidente. No Brasil, o movimento em prol da adoção de regras de governança corporativa no âmbito da iniciativa privada é relativamente recente, e, mais ainda, a ideia de aplicação de regimes análogos ou assemelhados no âmbito dos órgãos públicos, os quais geralmente estão sujeitos a disposições estatutárias básicas exaradas pela chefia da hierarquia administrativa, sem uma preocupação com a individualização e particularização das atividades e rotinas próprias de cada órgão ou entidade pública.

A mudança proposta neste Artigo, no sentido de aplicar por analogia as disposições de Programas de Integridade do art. 42 do Decreto n. 8.420/15, não é drástica, mas é necessária. De fato, não há como se conceber o Programa de Integridade nos órgãos públicos como uma solução mágica para solucionar o problema da corrupção no setor público no Brasil, o que depende de diversos outros fatores, sejam institucionais e até mesmo econômicos e culturais. Todavia, deve-se reforçar o argumento desenvolvido ao longo desta exposição, no sentido de que o Direito deve se preocupar não somente com o aspecto repressivo, mas também como aspecto preventivo na tutela da moralidade pública, o que exige, por sua vez, a adoção de mecanismos voltados para a criação de ambientes corporativos mais empenhados no cumprimento de princípios e regras básicas de conduta dentro dos órgãos públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010 (do Poder Executivo). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>> Pg. 156/157. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei n. 4.717, de 9 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CARVALHO, Ernani. O Controle Externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. *Revista da Biblioteca do Senado Federal*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. P. 107. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92451/Carvalho%20Ernani.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, jan./abr. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado De Injunção, Habeas Data*. 18. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo – 3ª ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.*

SILVA, Marcela Sacchi da. *Material de apoio para estudo de Direito Administrativo*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2011.

THEODORO, Amanda, SCHITINI, Larissa Almeida, MELO, Luciano Luiz Bandeira de. A ação civil pública na defesa do princípio da moralidade administrativa. In: *Revista Jurídica da Faminas* - v. 4, n. 2, Ago.-Dez. de 2008.