



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O USO DO *COMPLIANCE* COMO FORMA DE COMBATE À
CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Lucas Carvalho Soares Freitas

Rio de Janeiro
2020

LUCAS CARVALHO SOARES FREITAS

O USO DO *COMPLIANCE* COMO FORMA DE COMBATE À
CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

O USO DO *COMPLIANCE* COMO FORMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Lucas Carvalho Soares Freitas

Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo – As práticas ilícitas e corruptas têm se mostrado cada vez mais presentes no âmbito da Administração Pública, causando diversos prejuízos ao erário e à credibilidade do Poder Público. Por isso, é necessária a elaboração de novas balizas no trato da coisa pública, com o fito de prevenir e fiscalizar tais condutas ilegais. A essência do trabalho é justamente apresentar o *compliance*, instituto oriundo da esfera empresarial privada, como importante mecanismo possível de ser aplicado no combate à corrupção na Administração Pública. Assim, pretende-se verificar as características desse instituto, seus principais instrumentos e os efeitos que podem gerar na gestão da res pública.

Palavras-chave – Direito Administrativo. *Compliance*. Corrupção.

Sumário – Introdução. 1. O instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e sua necessidade de implementação na Administração Pública. 2. Dos instrumentos de *compliance* aplicáveis na gestão pública. 3. A implementação e organização do *compliance* no âmbito público e sua repercussão na atuação dos demais Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende debater sobre a possibilidade da implementação do instituto do *compliance* no âmbito da Administração Pública e como seu efetivo exercício poderá colaborar no combate à corrupção. O objetivo precípuo deste trabalho é explicitar as características gerais de um programa de *compliance*, abordando como seus mecanismos específicos atuam na contenção de condutas ilícitas e seus respectivos efeitos nos planos administrativo e judicial.

O *compliance* foi originalmente pensado para ser usado no setor empresarial privado, sendo considerado um dos mais eficazes institutos de implementação de uma boa gerência e transparência na administração de uma pessoa jurídica. A implantação de um programa de integridade nos variados setores do mercado econômico tem crescido no plano internacional, mormente por conta dos ótimos resultados obtidos.

Assim, tal instituto pode e deve ser também usado como uma forma de melhorar a gestão da coisa pública. A corrupção, mazela que reverbera nos mais diversos setores da Administração Pública, deve ser tratada com o maior rigor possível e com todos os mecanismos

que o cidadão tem à sua disposição.

Por esses motivos, o primeiro capítulo do trabalho é centrado em conceituar o instituto do *compliance*, tratando sobre seus objetivos e finalidades. A partir dos conceitos apontados, o capítulo visa a abordar a necessidade e a urgência de sua criação na administração dos entes federados, entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, o comparando com os atuais mecanismos de controle dos atos estatais.

É cediço que o Brasil tem se mostrado um País com um imensurável histórico de corrupção no trato com a coisa pública, o que foi evidenciado sobretudo com os processos judiciais oriundos da operação Lava Jato. Os mais variados escândalos ocorridos no seio dos três Poderes da República ressaltam a imprescindibilidade de um programa focado na fiscalização e prevenção de fraudes e ilegalidades que tanto prejudicam os cofres públicos.

Em seguida, o segundo capítulo tem o fito de apontar os diversos mecanismos que dispõem sobre o instituto do *compliance* e como eles se mostram eficazes para a contenção da corrupção pública. Para tanto, o referido capítulo traz ampla pesquisa doutrinária, comprovando a possibilidade de concretização desses instrumentos no campo público.

Destarte, esse capítulo foca na possibilidade de utilização do *compliance* no ramo das contratações e licitações públicas, no uso da *due diligence* como forma de melhor selecionar os parceiros com quem o Poder Público contrata, na aplicação da técnica de gestão de riscos, para monitorar a possibilidade de ocorrência de condutas ilícitas, no emprego de auditorias e investigações internas no âmbito de cada ente federado, a fim de garantir maior fiscalização sobre aqueles que não seguirem o regime de integridade, contando com o uso do instituto do *Whistleblower* para obter uma apuração mais efetiva. Serão explicados o funcionamento de cada um desses mecanismos e suas consequências na atual governança pública.

Por fim, o terceiro capítulo almeja demonstrar a forma ideal de implementação do *compliance* público e a sua forma de organização dentro da esfera administrativa. Esse último capítulo traz os debates acerca da necessidade ou não de conferir autonomia e independência ao departamento de *compliance*.

Com essa última análise, serão perquiridos os reflexos dessa estruturação do *compliance* na atuação do sistema de controle dos atos públicos. Estuda-se a impossibilidade de se atribuir caráter vinculante às orientações advindas do órgão de *compliance* público, que objetiva qualificar as decisões dos agentes públicos por meio do uso da técnica de gestão de dados. Também se pretende observar como essas determinações do departamento de *compliance* poderão colaborar na instrução de eventual processo judicial instaurado para apurar práticas corruptas, com a possibilidade de inversão do ônus da prova, configuração prévia do dolo do

agente e o fornecimento de maiores elementos probatórios.

1. O INSTITUTO DO *COMPLIANCE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A corrupção é um dos maiores males que assola a nação brasileira, já tendo marcado a história do país em diversos momentos distintos, e, diferentemente do que é dito pelas autoridades públicas, ainda é um problema atual a ser combatido. Em sua concepção administrativa, ela se consiste no abuso do poder público para o benefício privado, ou ainda, a violação de um dever e utilização indevida do poder outorgado por outrem para obtenção de benefícios privados¹.

Em um país marcado por uma imensa desigualdade social, a mácula causada pela corrupção tende a maximizar a desproporção no acesso aos direitos e serviços básicos pelos diferentes segmentos da sociedade. O dano ao erário provocado pelas práticas ilícitas dos administradores públicos, em conjunto com as sucessivas crises econômicas sofridas pelo país, é o que retira a oportunidade do governo de implementar políticas públicas necessárias para desenvolver os setores públicos mais importantes para a sociedade.

Em decorrência desses comportamentos indesejados perpetrados pelos agentes públicos, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo² demonstra que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa cerca de 1,38% a 2,3% do PIB, resultando num valor total de R\$69 bilhões por ano. Já Deltan Dallagnol³, em pesquisa mais recente, revela uma perda anual aos cofres públicos de cerca de R\$200 bilhões.

Os prejuízos da corrupção não se restringem ao dano ao erário, ela também mancha a própria imagem que a Administração Pública tem perante os cidadãos. Não são poucos os brasileiros que associam a ideia de gestão pública à ideia de condutas imorais. Isso causa a descrença na população de que seus interesses estão sendo preservados pela Administração, o que provoca diversas consequências. Entre elas podem ser destacadas: a sonegação dos tributos; o afastamento de agentes públicos probos do âmbito público; a evasão de bons profissionais do país, dado que passam a procurar outros locais com melhores condições oferecidas pelos

¹ VELÁSQUEZ, Fernando. *Corrupción y política criminal*. In: GRECO, Luiz; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 691.

² FIESP. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo: FIESP, 2010. Disponível em: <www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 20 mai. 2020.

³ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 41.

respectivos governos.

Tudo isso evidencia a imprescindibilidade de se adotar uma nova forma de gerir a coisa pública. Para que isso seja possível, é essencial que se entendam as causas do problema. Nesse sentido, Robert Klitgaard⁴ aponta serem três as características de um ambiente propício à corrupção: um monopólio ou baixa competição entre setores público e privado; o poder discricionário dado aos agentes públicos e políticos; a prestação de contas (transparência e controle).

Outrossim, Marcos Fernandes Gonçalves da Silva⁵ registra que a corrupção se mostra presente nas sociedades em que predominam: o centralismo estatal; a ausência de impunidade e de riscos com relação às práticas fraudulentas; uma baixa moral ou legitimidade informal com relação ao fenômeno.

Com base nisso, a implementação de um programa de *compliance* se revela como uma moderna ideia de trazer uma profunda mudança na forma em que a administração pública é exercida e vista. O *compliance* visa a solucionar todos os problemas acima citados, exceto a questão do centralismo estatal, que é um tema relativo à organização da Federação, estipulada na Constituição da República e que foge ao escopo do programa de integridade.

O *compliance* é um termo originado da língua inglesa e deriva da expressão “*to comply with*”, que significa “se conformar com” ou “cumprir com”. Assim, o instituto do *compliance* pode ser conceituado como o dever de cumprir e de estar em conformidade com normas e valores oriundos de legislações, diretrizes e regulamentos.

Esse termo começou a ser empregado por corporações da iniciativa privada que visavam à implementação de um programa que pudesse garantir maior integridade nas relações internas e externas da empresa, com objetivo de prevenir riscos e sanar os problemas que por ventura surgirem. A integridade corporativa almejada teve como escopo principal melhorar a estabilidade e a lucratividade dos negócios, tendo sido cada vez mais usada no âmbito privado.

Augusto Martinez Perez Filho⁶ busca definir o instituto da *compliance*, asseverando que:

⁴ KLITGAARD apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 285.

⁵ SILVA apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 286.

⁶ PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2019, [e-book].

o programa de compliance abarca o atendimento a leis, regulações, normas internas e às finalidades da organização, seja ela pública ou privada. Significa uma autovigilância nos mais diversos aspectos do negócio desenvolvido pela sociedade privada e, no âmbito público, das competências outorgadas aos entes, pela legislação. Trata-se da ideia de prevenção geral como sustentáculo da organização e garantia de sua perenidade em todas as áreas envolvidas na consecução de seus fins, mas não só isto, pois também auxilia no fortalecimento dos valores organizacionais, atuando como fonte propagadora dos princípios caros à organização. Em outros termos: minimiza-se riscos na medida em que também auxilia para a formação de uma nova cultura organizacional.

Sendo assim, o uso do *compliance* mostrou-se como um mecanismo de persecução da moral e da ética no ramo corporativo. Não obstante sua idealização ter sido feita tendo como base o setor privado, nada impede a sua utilização também na seara pública, em que os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e probidade também são almejados.

É certo que a Administração Pública já dispõe de amplo arcabouço de mecanismos de controle dos atos administrativos ou de atos particulares que lesam o seu patrimônio, sendo o Ministério Público, as Controladorias Gerais e os Tribunais de Contas os principais atores desse controle. Ocorre que a forma em que é feita o controle atualmente se volta mais para a repressão dos atos em detrimento do controle preventivo. Dessa forma, o controle é feito quando já existe o dano, que muitas vezes não consegue ser recuperado, deixando a sociedade desamparada do recurso que lhe foi tirado.

Diante disso, o instituto do *compliance* vem com a pretensão de priorizar o controle prévio dos atos administrativos, visando a impedir que o prejuízo sequer ocorra. Não só o *compliance* atende os interesses sociais ao impedir que o dano ocorra aos cofres públicos, como também economiza os recursos que iriam ser despendidos com a apuração e punição do infrator do ato danoso.

Constata-se, assim, que a adesão a um programa de *compliance* traz como resultado a boa governança corporativa, que possui como marcos identificadores a gestão baseada na moralidade, impessoalidade, transparência, isonomia, prestação de contas e responsabilidade.

2. OS INSTRUMENTOS DE *COMPLIANCE* APLICÁVEIS NA GESTÃO PÚBLICA

No campo empresarial privado, o emprego do *compliance*, geralmente, gira em torno do uso de alguns instrumentos, tais como: a edição de um código de ética ou de condutas, que estipula os principais valores e diretrizes de integridades a serem seguidos; o treinamento dos funcionários por meio de palestras e seminários, para que se adequem aos novos valores

instituídos; e a abertura de um canal de denúncias para apurar irregularidades.

Entretanto, tendo em vista a complexidade dos atos fraudulentos perpetrados na gestão da coisa pública, constata-se que, não obstante a utilidade do uso de tais mecanismos, eles, sozinhos, não serão suficientes para a efetiva contenção da corrupção na seara pública. Por isso, verifica-se que o *compliance* a ser aplicado na Administração Pública precisa ir além e implementar esses mecanismos em conjunto com outras práticas capazes de auxiliar no combate à corrupção.

Uma das técnicas de prevenção possibilitadas por um programa de integridade é a gestão e investigação de riscos. Consoante as lições de Irene Patrícia Nohara⁷, “quando se pensa em risco, na esfera da governança pública, a ideia é que o sistema de controle interno dê prioridade às ações estratégicas de prevenção da ocorrência de perdas ou danos, como medida apta a evitar o acionamento dos sistemas de responsabilidades”.

A metodologia da gestão de riscos varia conforme a maturidade do programa do *compliance* e da atividade apurada. Dentre os métodos existentes, Lavigne e Rodriguez⁸ apontam alguns dados que devem ser analisados. Explicando, de forma sucinta, o método referido pelos autores, esses explicitam que, inicialmente, devem ser levadas em consideração a estrutura normativa a que se submete o ente ou a empresa e a existência de leis ou projetos de leis que poderão afetar a atuação dessa pessoa jurídica.

Após, deve ser averiguado o histórico da entidade, devendo saber se ela já foi previamente sancionada ou meramente investigada por conta da prática de algum ilícito, quais as áreas que mais sofreram sanções ou apurações e quais os tipos de violações que foram averiguadas. Outrossim, devem ser feitas comparações com as demais pessoas jurídicas, pois é possível que o próprio ente não tenha sido penalizado, mas que outros tenham sido quando do exercício de uma atividade ou prestação de serviço público específico, mostrando que essa determinada atividade possui um risco maior que as demais.

Por fim, devem ser analisados os possíveis controles para cada risco identificado, para determinar a probabilidade de tais riscos acontecerem. Devem ser diferenciados os riscos inerentes dos riscos residuais. Os riscos inerentes são aqueles que são mitigáveis com o exercício do controle identificado. Já os riscos residuais poderão ocorrer mesmo com a aplicação do controle. Quanto menor for o risco residual verificado, com o efetivo emprego do

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 331.

⁸ LAVIGNE, Cristina Olaya; RODRÍGUEZ; Ana Luisa Sánchez. Introducción. *Guía Práctica de Identificación, Análisis y Evaluación de Riesgos*. Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 51.

controle, menor será a probabilidade daquele risco se concretizar.

No âmbito federal, a elaboração de estratégias para contenção de risco encontra previsão na Instrução Normativa MP/CGU nº 1/2016⁹ e no Decreto nº 9.203/2017¹⁰. O mesmo poderá ser feito pelos demais entes federativos, que poderão editar suas próprias normas, para que possam elaborar suas estratégias de gestão de risco de acordo com as peculiaridades de suas governanças.

Portanto, o controle de riscos traz como benefícios a melhor visibilidade da área de riscos pela organização, o fortalecimento do pensamento estratégico, o conhecimento do negócio, a promoção de uma linguagem comum sobre o risco e, também, a validação das ações necessárias para os ajustes e melhorias do programa de *compliance* com base nos riscos identificados¹¹.

O controle dos riscos internos deve ser corroborado com o monitoramento da atuação externa do ente, isto é, sua relação com seus parceiros econômicos. Não são raros os casos em que foram descobertas práticas ilícitas no ramo das contratações e licitações públicas, que já contaram com a participação de empresários, parlamentares, secretários, juízes e servidores. No Estado do Rio de Janeiro, tais condutas se tornam ainda mais alarmantes, haja vista que os últimos três Governadores do Estado estão envolvidos em escândalos acerca de contratações fraudulentas¹².

Em um dos casos em comento¹³, foi apontado que um grupo de empresários, donos de clínicas médicas situadas no Estado, instituiu uma Organização Social (OS) para fins de prestação de serviço de saúde, com o fito de celebrar contrato de gestão com o Estado e o Município do Rio de Janeiro. Com tais recursos em mãos, a OS realizou contratos de prestação de serviço com as referidas clínicas, todas pertencentes às mesmas pessoas, superfaturando o valor dos serviços prestados e emitindo notas fiscais fraudulentas para ocultar o ilícito. Com

⁹ BRASIL. *Instrução Normativa MP/CGU nº 1*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹¹ RODRIGUES, André Luis Friaça et al. *Risk Management* (Gestão de Riscos). In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 120.

¹² FIGUEIREDO, Pedro. *Esquema que levou ao afastamento de Witzel tem mais de 100 citados, diz MPF*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/29/esquema-que-levou-ao-afastamento-de-witzel-tem-mais-de-100-pessoas-envolvidas-diz-mpf.ghtml>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹³ BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Inquérito Policial nº 202-00139/2016*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia_iabas_x_mun__vf_assinado_sem_testemunhas.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

isso, os infratores conseguiram distribuir o valor excedente entre eles, desperdiçando dinheiro público que deveria ser usado para a compra de mais e melhores materiais e serviços para o área da saúde.

Nesse mesmo caso, o *Parquet* apurou que, desde o início da contratação com o Município, a OS já demonstrou indícios de atuação irregular, uma vez que, ao tempo da contratação, não possuía prévia experiência na área, não dispunha de funcionários, nem tinha sede no local da prestação dos serviços almejados. Houve um súbito aparelhamento da Organização, que conseguiu tal status à margem dos requisitos legais, bem como se verificou o loteamento de cargos-chave na administração em torno de um mesmo personagem.

O Ministério Público ressaltou ainda que os prejuízos também decorrem da ineficiência dos mecanismos de fiscalização da Secretaria Municipal de Saúde, sendo que somente 10% das prestações de contas chegaram a ser analisadas dentro do período de dois anos de vigência dos convênios e apenas em momento posterior à dissipação dos recursos públicos.

Esse caso é um perfeito exemplo da utilidade da implementação de um regime de integridade nas contratações públicas. Caberia ao departamento de *compliance* junto ao ente federado realizar o *due diligence* antes de celebrar negócios jurídicos com terceiros. Tal técnica consiste na verificação do histórico e das características das pessoas com que o Poder Público pretende se relacionar, com o objetivo de avaliar os riscos dessa transação. Com isso, facilitaria a rápida verificação de organizações fraudulentas, criadas com o único intento de burlar as contratações públicas, como no exemplo citado acima.

Essa técnica pode ser empregada tanto no ramo das contratações diretas, aquelas em que a Administração Pública não possui a incumbência de se submeter ao procedimento licitatório prévio à contratação, como nos procedimentos licitatórios, seja como uma fase autônoma ou como um requisito adicional na fase de habilitação.

Essa técnica de *background check* tem sido amplamente utilizada pelas empresas privadas que já adotam um programa de integridade em seu meio, conforme mostra a pesquisa feita por Luciana Silveira, Luiz Eduardo Salles, Sara Cristina Santos¹⁴. A pesquisa apurou que, dentre as empresas averiguadas e que possuem um programa de *compliance* (21 ao todo), todas realizam procedimento de *background check* de seus fornecedores e 90% delas também o fazem em relação aos patrocínios e às doações caritativas. A análise feita pelos autores também ressaltou que 30% das empresas iriam necessariamente vetar o potencial fornecedor caso o

¹⁴ SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; SALLES, Luiz Eduardo; SANTOS, Sara Cristina Jampaulo. *Background check: melhores práticas*. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 181 e 189.

parecer de integridade seja negativo e 70% informaram que o fornecedor poderá ser vetado, mas que a decisão final do veto caberá ao corpo executivo, o que demonstra a seriedade que levam o *due diligence* de seus parceiros econômicos.

Cabe destacar que seria também atribuição do departamento de *compliance* o monitoramento do emprego dos recursos públicos no decorrer da realização dos contratos e convênios, a fim de averiguar se estes estão sendo empregados em consonância com o que foi pactuado.

Somado a isso, Fernando Guimarães e Érica Requi¹⁵ sugerem que o *compliance* também possa ser utilizado como uma exigência para as pessoas jurídicas que pretendam contratar com o Poder Público. Assim, somente as entidades que demonstrassem ter implementado um programa de integridade ou que se comprometessem a implementar o programa durante o tempo da contratação, é que poderiam vir a celebrar o negócio com a Administração Pública. Os autores asseveram que a comprovação poderá ser feita mediante empresas certificadoras de *compliance*, já usadas no plano internacional.

Tal exigência não só atende a função extraeconômica da licitação, ao promover o desenvolvimento social, como também a própria função econômica, pois visa a impedir ou a mitigar futuros prejuízos caso o parceiro econômico atue de forma ilegal e locuplete os recursos públicos. Essa exigência também promove o incentivo que demais empresas e instituições venham a instituir um programa de *compliance*, criando uma cadeia de contratações íntegras, irradiando os efeitos da erradicação da corrupção para os mais diversos setores da economia.

Essa foi a proposta da Associação dos Juizes Federais no Brasil (AJUFE), que sugeriu a alteração da Lei nº 12.846/13 para tornar obrigatória a exigência de um programa de integridade para contratação com a Administração Pública. Nas licitações feitas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, o art. 32, V, Lei 13.303/16¹⁶, já estipula que uma das diretrizes a serem seguidas é a observação da política de integridade nas transações com as partes interessadas. Inclusive, tal exigência já existe no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com a Lei nº 7.753/17¹⁷.

Não só de prevenção trabalha o programa de *compliance*, atuando também na repressão dos atos corruptos já praticados. Logo, caberá ao departamento de *compliance* o aprimoramento

¹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204 e 214.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.html>. Acesso em: 11 out. 2020.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 11 out. 2020.

dos procedimentos de apuração por meio de investigações e auditorias internas

A investigação foca mais no planejamento do que na execução em si. É recomendável a elaboração de um plano de planejamento prévio para cada caso concreto a ser investigado. Assim, haverá otimização dos resultados da apuração, como também irá garantir todo o registro de atuação dos investigadores, mostrando o passo a passo tomado durante o procedimento, a fim de demonstrar a isenção e imparcialidade deste.

Conforme assinalam Antônio Carlos Hencsey, Christina Bezerra e Marisa Peres¹⁸, um aspecto importante da investigação é a boa gestão dos seus resultados. Os autores aduzem que uma das principais reclamações dos empregados das empresas é a falta de publicidade que se dá aos resultados das investigações iniciadas. Por isso, deve o departamento de *compliance* apresentar periodicamente à alta administração os dados colhidos, divulgando informações como o número de casos analisados, os tipos de violações reportadas e quais foram as ações corretivas implementadas, sem que haja qualquer violação ao princípio da confidencialidade inerente ao procedimento investigatório.

Outro aspecto relevante da investigação e das auditorias internas é a colheita de provas. Devem ser assegurados aos investigados todos os direitos inerentes ao devido processo legal, como contraditório e ampla defesa, haja vista a possibilidade de aplicação de sanção ao final do procedimento. Dessa forma, o processo investigatório deve ter todas as garantias necessárias para que as provas produzidas se mostrem hábeis a serem utilizadas em eventual processo judicial futuro. Com isso, a implementação de *compliance* não só colaborará com a apuração, prevenção e repressão de ilícitos no âmbito administrativo, como também irá ajudar nos respectivos processos judiciais, seja nas áreas criminal ou cível, que muitas vezes não conseguem alcançar a condenação justamente pela falta do arcabouço probatório.

Um eficaz instrumento na apuração das práticas ilícitas é a criação de um canal de denúncias, que poderá ser complementado com o uso do instituto do *Whistleblower*. Esse termo tem origem norte-americana e significa “soprador de apito”, criado com a finalidade de atenuar a conotação negativa das expressões “informante” ou “delator”¹⁹. O *Whistleblower* é o membro de instituição que, ao notar irregularidades internas, realizará a devida denúncia para as autoridades competentes.

¹⁸ HENCSEY, Antônio Carlos; BEZERRA, Christina Montenegro; PERES, Marisa. Investigações Internas: Condução, Desafios e Melhores Práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 154-155.

¹⁹ CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *Whistleblowing* no ambiente corporativo – *standards* internacionais para sua aplicação no Brasil. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 121 e 127.

Poderá ser criado um sistema de recompensas para os casos em que a comunicação se mostre verdadeira, objetivando incentivar a maior obtenção de informações advindas do próprio seio da instituição. Para que isso seja possível, poderá ser criado um fundo específico para a remuneração dos colaboradores ou lhes garantir uma compensação, ofertando o direito de receber uma pequena parte daquilo que foi recuperado com a sua denúncia.

Analisados alguns dos mecanismos possibilitados pelo programa de integridade, conclui-se que o *compliance* facilita o controle dos atos e contratos administrativos, maximizando a fiscalização que existe sobre eles. Ele atua preventivamente com as técnicas do *due diligence* e da gestão de riscos, com o fito de evitar contratações irregulares e condutas ilícitas dentro do próprio seio da Administração Pública. Como não é possível impedir todas as fraudes passíveis de serem efetuadas, o programa de integridade também incrementa o sistema de apuração e punição dos infratores, com seus mecanismos de investigação e colheita de provas. Resta agora saber como ele poderá ser implementado e quais são suas reverberações no atual sistema de controle já existente.

3. A IMPLEMENTAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DO *COMPLIANCE* NO ÂMBITO PÚBLICO E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DOS DEMAIS PODERES

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio adotou o federalismo como forma de Estado, sendo o Brasil o único país em que os Municípios são considerados entes federados da mesma forma que são os Estados-Membros, o Distrito Federal e a União. Sendo assim, como há uma grande variedade de entes federados que compõem a Federação Brasileira, cada qual com suas peculiaridades, verifica-se a necessidade de instituir um órgão de *compliance* específico para cada ente federado.

Esse órgão de *compliance* será incumbido de monitorar os atos e contratos administrativos realizados pelo ente público, e poderá também fiscalizar as atividades praticadas pelas autarquias e fundações por ele instituídas. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ter um departamento específico de *compliance*, haja vista a complexidade de suas atividades e por pertencerem ao campo privado, apesar de integrarem a Administração Pública Indireta.

O ideal será a edição de uma lei para regulamentar a instituição do *compliance* no setor público. Como se sabe, a Administração Pública se submete a um regime de legalidade diferenciado dos particulares, porquanto só poderá fazer algo que a lei permite, enquanto os

particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Esse é a disposição do princípio da legalidade ou juridicidade previsto no art. 37, *caput*, CRFB/88²⁰. Assim, caberá ao Poder Legislativo de cada ente federado traçar as balizas legais para o efetivo exercício do *compliance*, criando um regime legal flexível e adaptável para às nuances que poderão surgir no plano fático²¹. Caberá ao Poder Judiciário colaborar com a definição desses limites legais, ao dar concretude às normas, ditando os parâmetros normativos de acordo com as especificidades de cada caso concreto.

O departamento de *compliance* é liderado por uma pessoa específica, denominado de *Compliance Officer*. Este é o chefe do departamento da área de *compliance*, sendo o profissional, interno ou externo, responsável pela gestão dos programas de integridade no âmbito da pessoa jurídica a ele designada.

Dentre suas funções se incluem: avaliar os riscos do modelo de negócios, serviços ou atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, apontando problemas e propondo alternativas; desenvolver mecanismos de controle interno para diminuir riscos e assegurar o cumprimento das políticas; estabelecer processos de monitoramento das atividades; fomentar a acompanhar o canal de denúncias da pessoa jurídica; exercer a função consultiva, sanando dúvidas sobre questões negociais na perspectiva do *compliance*; realizar *due diligence* de parceiros comerciais; liderar ou assessorar processos de investigação interna; desenvolver e aplicar o código de condutas e políticas internas; e oferecer treinamentos periódicos aos funcionários sobre temas de integridade²².

No campo empresarial privado, geralmente se atribui autonomia ao *Compliance Officer*, possuindo independência de atuação perante a administração e os sócios da sociedade empresarial. Não poderia ser diferente no âmbito da Administração Pública, especialmente em decorrência dos variados casos de corrupção perpetrados pelos ocupantes dos mais altos cargos dos três Poderes. Logo, submeter o chefe do órgão de *compliance* à direção do Chefe do Poder Executivo poderia tornar inócua a implantação de tal instituto.

Como forma de garantir essa autonomia, o cargo de *Compliance Officer* no setor público poderia ser provido por meio concurso público, à luz do disposto no art. 37, II, CRFB/88²³.

²⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set 2020.

²¹ PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].

²² VALENTE, Claudia Carvalho; DO AMARAL, Bartira Tupinambás; BONFANTE, Filipe Gollner. *Compliance Officer X Investigador: Independência das Funções*. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 23-24.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set 2020.

Essa forma de provimento garante a escolha de um profissional qualificado, preservando a imparcialidade e impessoalidade em sua seleção, porquanto a sua escolha não será subordinada unicamente ao crivo do Chefe do Executivo. Perez Filho²⁴ sugere que o certame contenha mais de uma fase, podendo ser aplicadas provas práticas em conjunto com provas escritas, aduzindo que o conteúdo programático do concurso deve exigir conhecimento de algumas matérias do Direito. Isso se mostra necessário pois, não obstante a desnecessidade de formação específica em direito, aquele que pretende ocupar esse cargo deve ter um conhecimento jurídico mínimo para que consiga corretamente identificar a ilicitude nas condutas averiguadas.

O *Compliance Officer* deve ser visto como um colaborador da atuação dos ocupantes dos cargos públicos de maior hierarquia e não um mero subordinado, todos atuando em prol da melhor gestão da coisa pública. A atuação do *Compliance Officer* e as atividades prestadas pelo departamento de *compliance* devem ser dotadas do mesmo grau de autonomia conferido aos promotores de justiça e ao Ministério Público, o que garante a maior eficiência dos serviços a serem prestados²⁵.

Sendo assim, o órgão de *compliance* deve ser um órgão externo ao Poder Executivo, com o fito de evitar a interferência deste na devida atuação do órgão de integridade. Por outro lado, as decisões do órgão de *compliance* não terão caráter vinculante, sob pena de violação da autonomia inerente ao Poder Executivo.

Suas determinações possuem um viés informativo e sugestivo, visando orientar a atuação dos agentes públicos. O *compliance* funciona também como órgão de gestão de dados, pois ele será a ponte entre as atuais instituições públicas que exercem o controle dos atos administrativos. Nesse sentido, leciona Perez Filho²⁶:

o departamento de compliance público que ora se propõe, por sua vez, funcionaria como um “guarda-chuva”, para o qual se reportariam as áreas de controladoria e auditoria, com o acréscimo de novas tecnologias de agrupamento e análise de dados, além de novas técnicas investigativas – auxiliadas pelas forças policiais e o Ministério Público, conforme o caso. Sem deixar de lado a importante tarefa reativa, pretende-se criar uma cultura preventiva de combate às irregularidades, e, para além disto, municiar o gestor público de informações qualificadas, isto é, análise de dados que lhe auxiliem na tomada de decisões sobre quais programas e políticas públicas merecem ser continuadas e quais carecem de adequação.

Portanto, caberá ao departamento de *compliance* a varredura de informações provenientes da Administração Pública e seus órgãos de controle, como o Ministério Público,

²⁴ PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].

²⁵ Ibid., 2019, [e-book].

²⁶ Ibid., 2019, [e-book].

os Tribunais de Contas e as Controladorias-Gerais. Com base nessas informações e nos dados provenientes da gestão de riscos, o órgão de *compliance* irá demonstrar aos administradores públicos quais das políticas públicas pretendidas se mostram mais em conformidade com o programa de integridade e as que se mostram mais eficientes para o interesse social, visando qualificar as decisões do agente público.

Embora não possuam caráter vinculante, as orientações do órgão de *compliance* servirão para configurar o dolo do agente público, em caso de posterior constatação de realização de alguma conduta ilícita. Tais orientações funcionam de modo semelhante ao que ocorre com o instituto da Recomendação, instrumento possibilitado ao Ministério Público em sede de tutela coletiva, consoante a Resolução nº 164 do CNMP²⁷. Assim, uma vez provado que o agente público foi previamente informado que sua conduta contraria os programas de integridade, este não poderá alegar que não possuía consciência das implicações do seu agir, afastando a incidência da culpa em sentido estrito no caso.

Além disso, as determinações do *compliance* público poderão servir de base para a inversão do ônus da prova nos processos judiciais. Em regra, cabe ao autor a prova dos fatos que alega. Entretanto, se o agente público não seguir a orientação do departamento de *compliance* público e este ato resultar em danos ao erário ou aos princípios regentes da Administração Pública, caberá ao próprio agente a prova da licitude de sua conduta no caso concreto.

Por fim, caberá também ao órgão de integridade pública registrar e documentar todo o histórico do ato administrativo a ser praticado²⁸. Isso servirá não só para o controle dos respectivos atos, como também para providenciar um amplo arcabouço de elementos informativos para a instrução judicial. Com isso, as decisões judiciais a serem proferidas terão um suporte probatório mais qualificado, ampliando sua proximidade com a verdade real.

Portanto, conclui-se que a forma ideal de criação de um programa de *compliance* público será por meio da edição de leis específicas no seio de cada ente federado, devendo ser garantida autonomia e independência ao órgão de *compliance* em relação à atuação dos demais Poderes da República. Com a implementação e amadurecimento do programa, este não só irá qualificar as ações dos membros do Poder Executivo, como também irá facilitar a instrução e as decisões tomadas na esfera judicial.

²⁷ BRASIL, *Resolução nº 164 do CNMP*, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁸ PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].

CONCLUSÃO

A forma de se pensar a atuação estatal já sofreu diversas reformas ao longo dos anos, sendo possível visualizar três revoluções já realizadas no âmbito estatal. A primeira foi o pensamento de um Estado repressivo, voltado para o combate da violência. A segunda foi a figura de um Poder Público necessário para garantir as liberdades individuais. E a terceira foi a criação de um Estado de Bem-Estar Social, focado em prover direitos sociais básicos a toda população.

A implementação do *compliance* na Administração Pública seria o começo de uma quarta revolução administrativa, que dessa vez objetivará a maior integridade e eficiência na atuação estatal. Essa reforma irá reinventar a forma como se enxerga o Estado, visando à maior prevenção e repressão de práticas corruptas, assim como o descarte de práticas burocráticas e ultrapassadas, passando a recorrer a ideias inteligentes, voltadas ao uso de novas tecnologias para alcançar a maior eficiência na prestação de serviços públicos.

Sendo assim, a presente pesquisa demonstrou como a importação desse instituto da esfera empresarial privada poderá ser o pontapé inicial para essa tão esperada reforma na Administração Pública. Por meio do uso de suas técnicas de gestão de riscos, de aprimoramento das investigações e auditorias internas, de monitoramento e gestão dados, e de maior fiscalização das contratações públicas, o *compliance* permite um eficaz controle preventivo dos atos administrativos, evitando resultados danosos ao interesse público.

A sua implementação como órgão autônomo do Poder Executivo, chefiado por um agente público devidamente concursado, irá garantir a maior independência e imparcialidade de sua atuação. E com o efetivo exercício e amadurecimento do programa de integridade em cada ente federado, haverá uma maior prevenção de condutas ilícitas e uma repressão mais célere e efetiva daquelas que se furtarem à prevenção.

Não se pretende afirmar que a implementação de um programa de integridade público, por si só, seria capaz de extinguir de vez a mácula da corrupção presente em nosso país. Este é um fenômeno sistêmico, abrangendo setores fora da atuação do *compliance* público, tais como o processo eleitoral, o processo legislativo, a forma de escolha dos ocupantes dos mais altos cargos do Poder Judiciário e das demais instituições que compõem o Sistema Judicial.

No entanto, a implementação dessa medida será capaz de uma profunda revisão da forma de agir do Estado, impedindo a ação daqueles que durante anos usaram o Poder Público

como instrumento de manobra de poder, renovando a credibilidade do Estado perante seus cidadãos. No mar de incertezas em que vive a sociedade brasileira atualmente, em que não se sabe qual será o próximo agente público a ser processado por um ato ilícito, o *compliance* público se apresenta como uma medida ideal para prevenir riscos, mitigar danos e, enfim, mudar a forma como se enxerga a Administração Pública na atualidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Instrução Normativa MP/CGU nº 1*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.html>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. *Lei nº 7.753*, de 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Inquérito Policial nº 202-00139/2016*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia_iabas_x_mun__vf_assinado_sem_testemunhas.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Resolução nº 164 do CNMP*, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2020.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativo – standards internacionais para sua aplicação no Brasil. DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

FIESP. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo: FIESP, 2010. Disponível em: <www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 20 mai. 2020.

FIGUEIREDO, Pedro. *Esquema que levou ao afastamento de Witzel tem mais de 100 citados, diz MPF*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/29/esquema-que-levou-ao-afastamento-de-witzel-tem-mais-de-100-pessoas-envolvidas-diz-mpf.ghtml>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HENCSEY, Antônio Carlos; BEZERRA, Christina Montenegro; PERES, Marisa. Investigações Internas: Condução, Desafios e Melhores Práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

KLITGAARD apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LAVIGNE, Cristina Olaya; RODRÍGUEZ, Ana Luisa Sánchez. *Introducción. Guia Prática de Identificación, Análisis y Evaluación de Riesgos*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. Leme, SP: Editora JH Mizuno. Edição do [e-book].

RODRIGUES, André Luis Friaça et al. Risk Management (Gestão de Riscos). In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; SALLES, Luiz Eduardo; SANTOS, Sara Cristina Jampaulo. Background check: melhores práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALENTE, Claudia Carvalho; DO AMARAL, Bartira Tupinambás; BONFANTE, Filipe Gollner. Compliance Officer X Investigador: Independência das Funções. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Corrupción y política criminal*. In: GRECO, Luiz; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.