

1. – INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

O presente ensaio busca articular os temas sobre corrupção, governança, ética e *compliance*. Para esse efeito, considera-se o *compliance* corresponde a um programa estruturado de conformidade ou integridade, que pode ser adotado por organizações do setor público ou privado, para assegurar o cumprimento substantivo da legislação vigente, a observância de padrões adequados de conduta e o devido respeito aos interesses de partes relacionadas (cidadãos nacionais, membros da comunidade local, contribuintes, usuários de serviços públicos, consumidores, trabalhadores, empreendedores, investidores, credores, etc.). Pretende-se mostrar ainda que os temas estão entrelaçados e demandam uma abordagem sistêmica para formulação de soluções adequadas de combate à corrupção, tanto no plano repressivo, quanto no plano preventivo ou corretivo.

Cabe reconhecer inicialmente que os comportamentos disfuncionais no setor público possuem peculiaridades que os distinguem parcialmente daqueles verificados no setor privado. As diferenças estão em boa medida associadas aos interesses pessoais e aos incentivos institucionais que atuam sobre cada categoria de atores.

Segundo a escola do pensamento liberal, a atuação dos indivíduos no setor privado seria orientada basicamente pela busca da maximização do próprio bem-estar. Nesse contexto, não mereceria censura o sentimento egoísta que move os agentes econômicos, desde que a satisfação pessoal seja perseguida dentro dos estritos limites da lei. A valorização da moral e da ética, conquanto desejável, fica a critério da consciência de cada um.²

As tentações para ignorar os comandos legais, visando à melhoria do conforto pessoal, existem e não podem ser eliminadas. No entanto, a ameaça de punição seria suficiente para coibir condutas proibidas. Se o ilícito persiste, basta agravar a

¹ Doutor em Direito Comercial pela USP; Procurador do Estado de São Paulo (aposentado); Professor e Coordenador do Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

² O precursor do pensamento econômico liberal foi o filósofo Adam Smith. Segundo o autor, os empresários que oferecem gêneros para consumo da população são movidos pelo próprio interesse de auferir lucros, e não pelo desejo de servir à sociedade; porém, ao agirem dessa maneira, também estão promovendo indiretamente o interesse geral, eis que a sociedade depende da oferta de bens e serviços para satisfação de suas necessidades materiais (SMITH, 1993, p. 130).

pena, fortalecer os mecanismos de fiscalização e tornar mais efetivo o processo de sancionamento (*enforcement*). Essa abordagem reconhece o poder dos incentivos para moldar o comportamento humano, porém, do lado essencialmente dissuasório. As medidas estruturais, por meio da intervenção estatal direta ou indireta (atuação empresarial do Estado ou exercício da função regulatória), deveria ficar restrita à necessidade de correção das chamadas falhas de mercado.

Com algumas adaptações, a teoria da escolha pública (*public choice*) procura transpor para o ambiente do setor público a mesma racionalidade econômica maximizadora. De proêmio, rejeita a ideia de governos benevolentes, cujas decisões seriam sempre orientadas pela realização do bem comum. Argumenta que gestores públicos (burocratas ou funcionários de carreira) e agentes políticos (titulares de mandato eletivo ou de cargos em comissão) também são movidos por interesses pessoais, que podem entrar em conflito e induzir decisões não totalmente alinhadas com os anseios maiores da sociedade (ou pelo menos não otimizadoras do bem-estar coletivo) (BLACK, 1958).³ É possível fazer aqui um paralelo com o problema de agência, amplamente descrito na literatura especializada sobre governança corporativa, cuja solução consiste em fazer com que o agente (representante) atue no melhor interesse do seu principal (representado).⁴

É sabido que a agenda particular do representante (privado ou público) pode influenciar as decisões e estratégias adotadas em nome do representado (empresa ou cidadãos). Nem sempre essa influência configura prática de ilícito ou quebra de dever fiduciário, podendo situar-se apenas no plano do conflito potencial de interesses. As boas práticas de governança não se limitam simplesmente a reforçar os mecanismos de controle sobre os agentes, mas também procuram trabalhar a dimensão dos incentivos para alinhamento dos interesses entre o agente e seu principal. A mesma lógica deveria ser aplicada no setor público para solucionar as chamadas falhas de governo, embora mediante a utilização de outros instrumentos.

As falhas de governo abrangem duas grandes categorias de comportamentos disfuncionais, conforme se trate de situações internas que afetem negativamente o funcionamento do setor público, ou de situações externas que envolvam interações maculadas com o setor privado. A disfunção mais visível é aquela formalmente tipifi-

³ Igualmente relevante nesse campo são os trabalhos de James Buchanan e Gordon Tullok (1962). Vale conferir ainda sobre o assunto texto didático de Hugo Borsani (2005, p. 103 e ss).

⁴ A propósito do assunto, vale conferir, por todos, o trabalho referencial de Michael Jensen e William Mackling (1976, p. 305-360).

cada como infração administrativa ou delito penal. Todavia, existem várias outras ações ou omissões que não caracterizam necessariamente violação frontal da ordem jurídica, conquanto sejam incompatíveis com padrões mais elevados de conduta ética.⁵

Para agir com ética não basta cumprir a lei no seu aspecto formal; é necessário atendê-la também no seu conteúdo material, de modo a assegurar a consecução dos valores morais que lhe são inerentes. Seria igualmente questionável, sob o ponto de vista ético, contornar o comando legal para atingir um objetivo proibido, ou para se furtar a fazer algo obrigatório. O mesmo se diga do aproveitamento de lacunas legais para obter um resultado claramente indesejável pela ordem jurídica, ou passível de forte reprovação social.

Exemplos de condutas indesejáveis no plano interno do setor público (embora nem sempre sancionáveis) seriam o nepotismo, o corporativismo, a falta de compromisso com resultados, a priorização de agendas pessoais descompromissadas com a eficiência gerencial ou inspiradas no ciclo político, entre outras. O grau de patologia pode evoluir e tornar a ação ilícita, a ponto de caracterizar a prática de crimes atribuídos a servidores públicos.

Já no plano das relações externas, os desvios mais comuns, em grau crescente de reprovação, seriam o conflito de interesses, o tráfico de influência e as práticas de corrupção. Esses problemas podem se manifestar em qualquer das modalidades de interação entre os setores público e privado, tais como as contratações públicas, o exercício da função regulatória, o licenciamento de empreendimentos ou atividades privadas, a prolação de juízos decisórios e até durante o processo legislativo.

De outro lado, a teoria econômica já se encarregou de descrever alguns comportamentos disfuncionais do setor privado, quando interage com o setor público, que não geram aumento do bem-estar social e cuja licitude pode ser determinada com precisão. A título ilustrativo, vale lembrar o *rent seeking* (agente econômico que tenta se apropriar de rendas não produtivas) e o *lobby* (ação organizada de grupos de pressão para captura de agentes públicos, visando a obter benefícios para de-

⁵ As disfunções apontadas constam do relatório da OECD (2016).

terminada categoria, em detrimento da coletividade de consumidores ou contribuintes).⁶

2. – CAUSAS E ESTRATÉGIAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O ambiente pode fornecer estímulos (positivos ou negativos) para que as condutas individuais produzam resultados mais ou menos favoráveis ao conjunto da sociedade. A forma mais óbvia consiste em aumentar a severidade e a probabilidade da punição de ações socialmente indesejáveis. No entanto, a eficácia da técnica repressiva tem os seus limites e não serve para motivar ações solidárias ou cooperativas de caráter voluntário. Para melhoraria do ambiente geral, é necessário compreender as causas diretas e indiretas dos comportamentos disfuncionais. Vale dizer, as ameaças e os incentivos que podem ampliar ou reduzir os riscos da ocorrência concreta de desvios comportamentais, notadamente sob a forma mais agravada de práticas de corrupção.

É possível especular-se sobre a conexão existente entre o elevado custo das campanhas eleitorais e seu modelo de financiamento, de um lado, e a disseminação e a sofisticação de esquemas de corrupção, de outro lado. Obviamente, isso não justifica as infrações eventualmente cometidas por agentes políticos ou gestores públicos, mas pode aumentar a probabilidade de sua ocorrência, a despeito da presença de mecanismos de governança e sistemas de controle sejam aparentemente robustos.

A censura mais forte recai sobre a chamada corrupção pública, embora isso não esgote as falhas de governo e tampouco signifique a ausência da prática ilícita nas transações entre partes privadas. Não se deve acreditar ainda que o combate à corrupção, conquanto necessário, seja capaz de solucionar todos os males do setor público.

O fenômeno da corrupção de agentes governamentais acabou ganhando destaque nos meios de imprensa, na sociedade civil e na comunidade acadêmica, em razão do seu enorme potencial destrutivo. Os malefícios da corrupção no setor público não se traduzem simplesmente na agressão a valores éticos e morais. A prática também distorce o funcionamento do mercado de compras governamentais por

⁶ A ação coletiva foi descrita pioneiramente por Marcur Olson (1971). Já a sistematização da figura do *rent seeking* deve-se a Anne Krueger (1974).

restringir a competição, impões custos adicionais ao conjunto a sociedade e limita a oferta de serviços públicos. Não por acaso, o combate à corrupção de agentes públicos deixou de ser um problema de âmbito nacional, para se tornar uma preocupação global, a demandar esforços de articulação envolvendo a totalidade dos países civilizados.

O Brasil vem dedicando atenção crescente ao assunto, em sintonia com os compromissos assumidos em tratados internacionais e impulsionado pelo sentimento geral de repulsa da população. O país conseguiu avanços significativos nos últimos tempos, no que se refere ao aprimoramento da legislação e ao uso de métodos de investigação mais efetivos para apurar responsabilidades e punir culpados. Nesse sentido, vale lembrar a ampliação das hipóteses de criminalização de condutas que objetivam lesar a administração pública, conjugada com a difusão do instituto da delação premiada.⁷

Por outro lado, o Código Penal de 1940 já estabelecia uma série de tipos para crimes praticados por particular contra a administração pública. No título XI da parte especial, sessenta e dois crimes do gênero são especificados: dezenove praticados por funcionário público contra a administração em geral (entre os quais o peculato, o peculato culposo, o peculato mediante erro de outrem, a concussão, a corrupção passiva e a violação do sigilo de proposta de concorrência), onze praticados por particular contra a administração em geral (entre os quais a corrupção ativa, o tráfico de influência e a perturbação ou fraude de concorrência), dois praticados por particular contra a administração pública estrangeira (corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional, incluídos no Código Penal pela Lei nº 10.467/2002), vinte e um contra a administração da justiça e nove contra as finanças públicas.

A Lei de Licitações segue a mesma trilha, ao enumerar dez tipos penais aplicáveis aos agentes públicos, além da sanção administrativa de perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. No aspecto objetivo, as hipóteses tipificadas pos-

⁷ O primeiro acordo internacional anticorrupção surge em 1996, com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos. O segundo, muito mais efetivo, é veiculado pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, em 1997. Seu texto foi incorporado à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 3.678/2000, repercutindo sobre nosso direito positivo – e especificamente sobre o nosso direito penal – antes mesmo da promulgação da Lei Anticorrupção. Por fim, o terceiro acordo internacional anticorrupção, ainda decorrente das propostas lançadas pelos Estados Unidos, será a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, firmada em 2003 e incorporada à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 5.687/2006.

suem significativa paridade com os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira da Lei Anticorrupção, embora tendo como sujeito ativo o servidor público.

Também merece destaque a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429), que estabeleceu parâmetros para a sanção de atos que importem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado contra os princípios da administração pública (i.e., violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, independentemente da verificação de prejuízo material). Em princípio, os responsáveis por improbidade administrativa são os funcionários em sentido amplo; porém, também pode ser responsabilizada qualquer pessoa que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. As hipóteses de responsabilidade são subjetivas e as sanções previstas possuem caráter civil e político (v.g., perda de função pública e suspensão de direitos políticos).

3. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA E ACORDO DE LENIÊNCIA

Outra iniciativa de fechamento do cerco contra a corrupção veio com a aprovação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que instituiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, nos campos civil e administrativo, por práticas ilícitas contra a administração pública, bem como a possibilidade de celebração de acordos de leniência para mitigação da sanção administrativa, além da valorização de programas de integridade (*compliance*) com vistas a mapear riscos, prevenir desvios ou corrigi-los mais rapidamente.

No âmbito da Lei Anticorrupção, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica está alinhada com o disposto no artigo 927, parágrafo único do Código Civil (*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*). A Lei Anticorrupção seria justamente um dos *casos especificados em lei*, em que o dever de indenizar independe do elemento subjetivo associado à prática lesiva contra a administração pública.

No entanto, isso não significa que o elemento subjetivo seja sempre irrelevante para justificar o sancionamento administrativo ou a reparação civil em face administração pública. Significa apenas que basta o enquadramento nas condutas tipificadas no artigo 5º da Lei Anticorrupção para fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica, porém, respeitando o componente intencional ou culposos que integra o próprio tipo ali descrito. A rigor, ninguém fraudar ou frustra o caráter competitivo de uma licitação pública agindo de forma inocente ou por mero descuido (cf. art. 5º, IV, “a”). O mesmo se diga sobre ações de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do procedimento licitatório (cf. art. 5º, IV, “b”).

A prática desses atos pressupõe normalmente a consciência e o desejo de atingir o resultado nefasto para a administração pública, ou pelo menos uma atitude minimamente culposa (ou descuidada), nas modalidades tradicionais de negligência, imprudência ou imperícia. A diferença é que não será preciso, aqui, comprovar a ocorrência de uma delas para caracterizar o tipo, que integra a culpa em sua estipulação.

O caráter objetivo da responsabilidade atribuída à pessoa jurídica afasta a possibilidade de sua exoneração, com base simplesmente na alegação de ilegitimidade da representação de quem agiu ilicitamente para beneficiá-la, ou ainda de falha escusável no processo de recrutamento ou vigilância do agente (equivalente às categorias jurídicas de culpa *in elegendo* ou *in vigilando* do direito civil). Em outras palavras, a pessoa jurídica responde necessariamente pelo ato ilícito praticado por seus representantes, mesmo quando atuem com excesso de poder, violação do estatuto social ou contrariamente à lei. Mais ainda, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pela conduta punível de qualquer pessoa física que aja em seu interesse ou benefício, de forma autorizada ou não. Não cabe aqui a alegação de que o agente teria atuado por iniciativa própria, sem culpa da pessoa jurídica, e que, portanto, os atos por ele consumados não seriam imputáveis à pessoa jurídica potencialmente beneficiária.

De outra banda, o enunciado de que *a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais* (cf. art. 3º, § 1º) não dispensa o nexo de causalidade entre a conduta ilícita da pessoa física e o dano efetivo ou potencial, passível de indenização civil ou penalização administrativa da pessoa jurídica. A rigor, reforça a ideia de que as responsabilidades da pessoa

física e da pessoa jurídica são autônomas nos seus pressupostos jurídicos, embora não desvinculadas em relação a seus antecedentes fáticos.

Daí decorre que a responsabilização da pessoa jurídica não precisa aguardar a prévia individualização da responsabilidade da pessoa física que agiu por sua conta e ordem. Trata-se de conceito equivalente à falha anônima de serviço (*faute de service*), incorporado ao art. 37, § 6º da Constituição Federal e ao art. 932, III do Código Civil. Segundo essas disposições, a pessoa jurídica que presta serviço público (diretamente ou por delegação), ou o empregador privado, serão responsáveis pelo dano causado por aqueles que agem em seu interesse, independentemente da identificação do servidor ou do empregado que praticou a ação.

A questão central está em se saber se a culpabilidade dos representantes legais da pessoa jurídica (ou de qualquer pessoa que aja em seu interesse ou benefício) constitui requisito indispensável para a responsabilização da pessoa jurídica em face da Lei Anticorrupção. Em outras palavras, se a pessoa jurídica pode ser responsabilizada mesmo na hipótese em que seus agentes tenham se conduzido de forma honesta e esmerada, porém, causando involuntariamente prejuízos à administração pública. A resposta negativa se impõe, sempre que a intenção lesiva ou o descuido forem parte integrante do tipo punível (*fattispecie*). Do contrário, não faria sentido a Lei Anticorrupção responsabilizar a pessoa física somente quando tenha agido de forma culposa ou dolosa, e dispensar a mesma exigência para estender a responsabilidade à pessoa jurídica, em razão da ação praticada pela pessoa física.

A responsabilidade objetiva albergada na Lei Anticorrupção corresponde ao conceito de responsabilidade sem culpa, porém, no que se refere especificamente aos atos de terceiros previstos nos artigos 932 e 933 do Código Civil. A ausência de culpa não diz respeito à ação do terceiro (agente ou preposto), mas à relação fática ou jurídica entre o terceiro que praticou o ato lesivo e a entidade personificada a que está formal ou informalmente vinculado. A ação esmerada do terceiro sem dolo ou culpa, salvo quando enquadrável em alguma das condutas lesivas previstas na Lei Anticorrupção, não seria apta a gerar a responsabilidade civil ou administrativa da pessoa jurídica.

Mas afinal de contas, por que a pessoa jurídica deve responder pelos prejuízos causados e sofrer pesadas sanções, independentemente de culpa ou benefício

econômico? Por que imputar à empresa os efeitos da conduta de indivíduos que agiram de forma ilícita, com excesso de poder ou mesmo contrariando ordens expressas dos legítimos agentes societários? Não seria mais sensato punir apenas a atuação da pessoa física, de modo a preservar o patrimônio e a capacidade operacional da pessoa jurídica? Como a punição da empresa afeta os interesses de outras partes relacionadas (*stakeholders*), a exemplo dos acionistas, trabalhadores, credores, comunidade local e economia nacional? Qual a melhor solução sob a ótica da política pública?

As respostas a essas questões tendem a influenciar a decisão sobre a dosimetria da pena, assim como o juízo sobre a conveniência e efetividade do acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei Anticorrupção. À primeira vista, três hipóteses podem ser formuladas para explicar a *ratio* da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, por práticas ilícitas no relacionamento com o setor público.

A primeira delas tem a ver com facilidade de reparação do dano patrimonial. Como sugere o senso comum, a pessoa jurídica que negocia com o poder público (seja em caráter individual, seja reunida em consórcio, seja por meio de sociedade de propósito específico) costuma ter patrimônio mais avantajado do que seus administradores (sobretudo se forem executivos profissionais sem participação acionária). Portanto, a probabilidade do ressarcimento tende a aumentar, se a condenação imposta puder ser cobrada diretamente da pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção.

A segunda hipótese explicativa segue a mesma lógica, porém, fazendo uso de outro instrumento. Trata-se do pagamento de multa, de forma combinada ou independente da reparação civil. Como a fixação da multa dispensa a quantificação do prejuízo, acaba servindo indiretamente para compensar a administração pública por danos de natureza difusa, que dificilmente seriam cobráveis a título de ressarcimento, com fundamento no direito comum.

A terceira justificativa possível para punição da pessoa jurídica tem a ver com o seu caráter preventivo. As múltiplas sanções previstas na Lei Anticorrupção cumprem uma função dissuasória, na medida em que agravam o custo associado à conduta infracional (a exemplo do que ocorre com algumas multas exacerbadas no campo tributário). Nesse caso, o desincentivo à prática ilícita costuma ser mais efeti-

vo, se as consequências também recaírem sobre a pessoa jurídica (e não apenas sobre a pessoa física dos gestores sociais).

As três hipóteses explicativas têm um ponto em comum: a postura pragmática para prevenir e corrigir os malefícios da corrupção. Vale dizer, não se trata de uma preocupação moralista ou inspirada em algum ideal de justiça. A Lei Anticorrupção procura dissociar a sorte da pessoa jurídica da pessoa dos seus administradores, não para isentá-la de quaisquer consequências negativas, mas para conferir natureza autônoma à responsabilidade civil e administrativa que lhe é própria.

A tentativa de estender à pessoa jurídica, o mesmo grau de reprovação das condutas adotadas por seus agentes, ignora o perfil institucional da empresa. No fundo, promove a fusão entre os interesses pessoais dos acionistas controladores e administradores, e os interesses de terceiros afetados pela atividade empresarial (*stakeholders*). A legislação aplicável às instituições financeiras parece ser mais realista nesse particular, na medida em que contempla medidas estruturais para neutralizar o titular do controle acionário e afastar os gestores responsáveis pela crise de solvabilidade, como forma de preservar os interesses da comunidade de correntistas e afastar o risco sistêmico (cf. Lei nº 6.024/74, Decreto-lei nº 2.321/87 e Lei nº 9.447/97).

Essa é justamente a chave de leitura para se compreender o verdadeiro sentido e alcance do acordo de leniência da Lei Anticorrupção. Trata-se de uma solução de acomodação, na medida em que busca ao mesmo tempo restabelecer a ordem jurídica violada e preservar a capacidade operacional da empresa. A visão aqui não pode ser nem imediatista para atender ao clamor popular momentâneo, nem tampouco futurista para obter um efeito pedagógico intergeracional, com enorme custo social no presente. Para encontrar o ponto ótimo de equilíbrio, é necessário, antes de mais nada, conhecer as motivações de cada lado para se engajar nesse tipo de negociação, assim como os riscos de comportamentos disfuncionais.

Do lado da administração pública, as principais motivações para celebrar o acordo de leniência parecem consistir (i) na cessação imediata da atividade ilícita; (ii) no restabelecimento do mercado de compras governamentais; (iii) na facilitação do ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos pelo erário; (iv) na cooperação com as investigações para identificar outros culpados ou responsáveis (pessoas físicas ou jurídicas); e (v) na implementação de medidas preventivas para coibir a práti-

ca de novos atos de corrupção. Em contrapartida, a administração pública abre mão da prerrogativa de punir exemplarmente certas condutas sociais consideradas altamente nocivas, cuja eficácia ainda não está totalmente comprovada.

Para a pessoa jurídica responsável, as motivações são naturalmente diferentes: (i) manter a capacidade de contratar com o setor público, incluindo o acesso a fontes de financiamento de bancos governamentais; (ii) evitar o encerramento da empresa, já que a simples troca de controle acionário não teria o condão de afastar os constrangimentos legais para atuação no mercado de compras governamentais; (iii) quantificar contabilmente as obrigações pecuniárias, a título de indenização e multas administrativas, de modo a tornar transparente a situação financeira e patrimonial da pessoa jurídica; (iv) desbloquear pagamentos por medições ou serviços já executados, que permaneçam retidos enquanto se apuram as responsabilidades.

Nesse contexto, a eliminação ou redução da multa administrativa representa uma renúncia aceitável do lado da administração pública, desde que a celebração do acordo de leniência venha acompanhada do compromisso da pessoa jurídica responsável, de ressarcir integralmente os prejuízos sofridos e já quantificados. O fato de o acordo de leniência não exonerar a responsabilidade criminal dos representantes empresariais, considerados culpados pela prática de atos de corrupção, preserva o efeito dissuasório da reação estatal. A sorte das pessoas físicas segue outro curso, podendo dar azo inclusive à delação premiada na esfera penal.

É de se esperar que as companhias, com estrutura de capital concentrado e controlador definido, tenham pouco interesse em celebrar acordo de leniência, oferecendo em troca elementos de prova para incriminar seus administradores. Menos provável ainda, se os administradores forem membros da família titular do controle acionário. Nesse caso, torna-se inútil o setor público insistir na identificação dos culpados dentro da organização empresarial, como condição para celebração do acordo de leniência pela pessoa jurídica. As vantagens da transação para administração estatal devem ser sopesadas em função dos outros aspectos acima listados.

Tampouco seria razoável o setor público contentar-se simplesmente com a promessa solene de fortalecimento dos programas de integridade pela pessoa jurídica responsável. Não há sistema de *compliance*, por mais robusto que seja, capaz de resistir à concertação ilícita do acionista controlador e dos administradores que lhe são fiéis. Isso não significa, porém, que seja inócua qualquer tentativa de se prevenir

práticas de corrupção sobre agentes governamentais. Nesse sentido, andou bem a Lei Anticorrupção, ao admitir a mitigação da sanção administrativa aplicável à pessoa jurídica que tenha adotado um programa de *compliance* bem estruturado, que atenda as condições previstas no Decreto nº 8.420/2015.

4. – GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE

A ideia de *compliance* tem relação direta com as boas práticas de governança corporativa e pode ser transposta, com as devidas adaptações, para a administração pública direta e indireta. O maior objetivo da governança corporativa é assegurar que os dirigentes da companhia atuem no interesse do conjunto dos acionistas e terceiros vinculados à atividade empresarial, e não no seu próprio interesse. Para cumprir esse objetivo primordial, os modelos foram progressivamente se sofisticando e adquirindo dimensões mais amplas.

O tema não está mais confinado à discussão sobre a composição de capital da companhia ou a estrutura societária mais adequada. Ao contrário, passou a incorporar múltiplas variáveis, a exemplo da higidez do processo decisório interno, da qualidade da gestão empresarial, da confiabilidade dos registros contábeis, da transparência na divulgação de informações, da instituição de sistemas de controle interno e gerenciamento de riscos corporativos, da existência de código de ética e padrões de conduta aplicáveis a todos os membros da organização, e da criação de programas de conformidade (ou integridade) para assegurar a observância correta das normas legais e regulamentares.

Em boa medida, a ampliação do escopo da governança corporativa, no que concerne especificamente ao sistema de controle interno e ao gerenciamento de riscos corporativos, adotou como marco teórico as propostas do relatório COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), cuja primeira versão circulou em 1992 (*Internal Control – Integrated Framework*). O relatório COSO refere-se ao controle interno como sendo “um processo desempenhado pelo conselho de administração, diretoria e colaboradores, projetado para proporcionar razoável segurança em relação a confiabilidade da informação financeira, proteção dos ativos, eficácia e a eficiência das operações e cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis”.

O relatório COSO prescreve que a companhia deve desenvolver e implantar um sistema de controle interno, que vai desde a definição da estratégica do ambiente de controle, à identificação de riscos e monitoramento das operações realizadas, além de assegurar a qualidade, transparência e confiabilidade na comunicação e informação dos demonstrativos contábeis-financeiros. A companhia deve ainda implantar uma rotina de supervisão para avaliar permanentemente a qualidade do sistema de controle interno, de modo a para assegurar a sua eficiência e eficácia. A empresa que valoriza a governança corporativa está normalmente preocupada em assegurar a conduta ética e a observância da legislação por parte de seus dirigentes e colaboradores, prevenindo ou remediando prontamente eventuais desvios. A segunda postura é quase sempre a decorrência natural da primeira.

A chamada Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016) trouxe várias regras para melhoria da governança das companhias controladas pelo poder público, tendo se inspirado na proposta desenvolvida pela BM&FBOVESPA para resgatar a credibilidade do mercado de capitais nesse particular. O diploma legal, porém, não se preocupa apenas com a proteção do investidor privado que participa do capital da sociedade de economia mista. O escopo da nova lei é mais abrangente, porquanto pretende resguardar os interesses patrimoniais do próprio erário e assegurar que a companhia tenha capacidade de cumprir sua missão pública, com objetividade e eficiência.

As medidas introduzidas pela Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais podem ser grupadas em quatro grandes eixos: (i) explicitação do interesse público que deve nortear a atuação da companhia mista; (ii) fortalecimento dos mecanismos de *compliance* para prevenir desvios de conduta; (iii) composição adequada dos órgãos de administração para preservar a autonomia empresarial e evitar o aparelhamento político-partidário; (iv) comprometimento do acionista controlador com boas práticas de governança corporativa.

Já a governança das instituições e órgão públicos que não adotam a forma societária tem como foco primordial fiscalizar a boa aplicação das verbas públicas, afastando ameaças que vão desde o desvio intencional de recursos para satisfazer interesses políticos ou objetivos privados, até o desperdício involuntário por ineficiência na execução de políticas públicas. Nesses casos, a ênfase da governança recai sobre os mecanismos de controle da legitimidade da despesa pública e da economicidade da ação governamental, tendo como principais instrumentos as auditori-

as internas, as corregedorias gerais e os tribunais de contas. O aparato responsável pelo controle da administração pública também funciona como um programa de integridade.

5. – COMPONENTE ÉTICO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

A adoção de programas de integridade no setor público pode contribuir, de forma decisiva, para mitigar os riscos de comportamentos disfuncionais. A iniciativa terá maior eficácia, se adotar uma abordagem integral, que leve em conta as múltiplas interfaces entre os setores público e privado. Não basta olhar apenas para as contratações públicas, embora esse campo deva merecer atenção especial pelas oportunidades de corrupção que suscita.

É desejável ainda que o setor público aproveite a experiência acumulada pelo setor privado na formatação e implantação de programas de integridade, sob inspiração das boas práticas de governança corporativa. Isso não quer dizer, porém, que o modelo padrão de *compliance* utilizado por empresas privadas possa ser automaticamente transplantado para a administração pública direta e indireta. Existem peculiaridades no setor público que precisam ser consideradas na formulação das soluções mais adequadas.

Os incentivos e benefícios almejados por uma empresa privada, que aceita participar do jogo da corrupção, são essencialmente diferentes daqueles que motivam os ocupantes de cargos públicos a agir em desconformidade com a lei ou de forma antiética. Existem também diferenças importantes nesse particular, conforme a estrutura de capital da empresa privada. Vale dizer, se a companhia possui acionista controlador ativo, que dita políticas empresariais, ou se os administradores societários são realmente independentes e capazes de resistir às pressões ilícitas do titular do controle.

Os programas de integridade serão mais ou menos efetivos, na medida em que sua concepção e implementação levar em conta a realidade concreta de cada organização do setor público ou privado, além de prestigiar os comportamentos éticos que transcendam a preocupação burocrática com o mero cumprimento de obrigações legais. Estar em *compliance* vai muito além do simples cumprimento das leis e de outras normas obrigatórias; a rigor, pressupõe a observância substantiva (e não

apenas formal), mediante a adoção de padrões éticos de comportamento que não estão necessariamente reproduzidos em textos legais.

Para isso, se faz necessário combinar ações educativas e programas de treinamento que mostrem os malefícios da corrupção, esclareçam o sentido e alcance da legislação vigente, promovam valores éticos e ofereçam orientações de conduta positiva. De todo modo, o instrumento mais eficaz de combate à corrupção nas organizações públicas e privadas está no exemplo proveniente da alta administração, quanto à observância de elevados padrões éticos. O pessoal dos escalões intermediários e inferiores precisa se dar conta de que a organização, por intermédio de seus líderes, realmente valoriza e coloca em prática a postura ética no relacionamento interpessoal, na condução dos negócios e no trato da coisa pública.

REFERÊNCIAS

BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

BORSANI, Hugo. Relações entre política e economia: Teoria da Escolha Pública. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. *Economia do setor público no Brasil*. São Paulo: Editora Campus, 2005.

BUCHANAN, James e TULLOK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *American Economic Review* 64 (3): 291–303, jun. 1974.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. 1976. (October), 3(4): 305-360.

OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) sobre recomendações de integridade no setor público. Disponível em <<http://www.oecd.org/governance/ethics/OECD-Public-Consultation-Draft-Recommendation-on-Public-Integrity.pdf>> Acesso em 23 jun. 2017.

OLSON, Mancur, Jr. *The Logic of Collective Action*. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993.