

Marco normativo anticorrupção: desafios para implantação de *compliance**

Anti-corruption regulatory framework: challenges for implementation of compliance

Veruska Sayonara de Góis**

Antônia Edneuma dos Santos***

Ianara Maressa Macedo da Rocha****

Resumo

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) sinalizou para a necessidade de *compliance* (art. 7º, VIII) para o setor privado, a partir do marco normativo de governança corporativa. Assim, pretende-se definir *compliance* e analisar as dificuldades para sua implantação a partir desse marco normativo. O tema é complexo, pois envolve teoria jurídica, econômica e política, tendo-se investigado com apoio das técnicas bibliográfica e documental. No caso do marco normativo nacional, percebe-se a indicação genérica dos mecanismos de integridade, sem clareza quanto aos procedimentos e autoridades responsáveis. Assim, o setor público não respondeu adequadamente, no sentido de técnica legislativa, às demandas da lei, quando passa a regulamentar a *compliance*. Por seu lado, o setor privado é instado a se adequar, criando seus programas de integridade, o que encontra obstáculos na generalidade e dispersão dos documentos normativos, bem como no custo da mudança.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Compliance. Dificuldades.

Abstract

The Anti-Corruption Law (Law 12.846/2013) signaled the need for *compliance* (art. 7º, VIII) for the private sector, from the regulatory framework of corporate governance. Thus, it is intended to define *compliance* and analyze the difficulties in its implementation, from the regulatory framework. The theme is complex because it involves legal theory, economic and political, having investigated with the support of bibliographical and documentary techniques. In the case of the national regulatory framework, perceive the generic indication of integrity mechanisms, without clarity about the procedures and authorities. So, the public sector has not responded, in the direction of legislative technique, the demands of of the law when it passes to regulate *compliance*. For its part, the private sector be required to adapt, creating their integrity programs, which finds obstacles in general and dispersion of normative documents, as well as the cost of change.

Keywords: Anti-Corruption Law. Compliance. Difficulties.

* Artigo enviado em 10/02/2016 e aceito em 07/06/2016.

** Professora universitária do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN, 2005) e mestre em Direito Constitucional na UFRN (UFRN, 2009).

*** Graduada em História pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN, 2011). Aluna do 5º período do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

**** Aluna do 5º período do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

I. Introdução

A Lei Anticorrupção para as empresas (Lei 12.846/2013) sinalizou para a necessidade de *compliance* (art. 7º, VIII) como legislação indutiva, a partir do marco normativo de governança corporativa. A criação da norma está ligada aos compromissos que o Brasil assumiu em âmbito internacional, por ser signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

O setor privado passa a ser impactado em suas relações com o Estado, aparecendo nesta relação através da empresa. Como atividade econômica organizada, o conceito de empresa integra teoria abarcada pelo Direito Civil brasileiro. Apesar disso, a compreensão de “empresa” não é clara na legislação, confundindo-se com o de pessoa jurídica em certas situações.

Encontra-se uma explicação para isso em Direito Empresarial, através de Alberto Asquini, para quem a empresa é um conceito poliédrico, com quatro perfis: a) subjetivo (sinônimo de empresário); b) funcional (atividade empreendedora); c) objetivo (patrimônio e o estabelecimento como fundamento “*azienda*” do conceito de empresa) e d) corporativo (instituição ou organização de pessoas) (Angarita et al., 2013, P. 39).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, pode-se “inferir o conceito jurídico de empresa como sendo ‘o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou circulação de bens e serviços’” (REsp 623.367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p. 245). Pode ser exercida por empresário individual ou através da constituição de pessoa jurídica (geralmente, de natureza privada, submetendo-se a um regime próprio trazido pelas leis civilistas).

Ao dispor sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a Lei 12.846/2013 prevê que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” será levada em consideração na aplicação das sanções (artigo 7º, VIII). Tais mecanismos de integridade constituem a *compliance*.

O termo *compliance* é derivado do inglês, não possuindo uma tradução ou substantivo equivalente em português que traduza o seu significado. Vem do verbo *to comply*, cumprir, remetendo à exigência do cumprimento de normas ético-jurídicas pelo setor privado. Na pesquisa, objetiva-se definir *compliance* e as dificuldades para sua implantação, a partir do marco regulatório.

2. Fundamentação teórica

O advento da legislação anticorrupção e o fortalecimento dos institutos de seu controle são medidas incipientes, mas de caráter normativo indutivo para o âmbito privado. A Lei 12.846/2013, também conhecida também como Lei Anticorrupção, volta-se às empresas privadas no relacionamento com o poder público, inovando ao dispor sobre responsabilidade cível e administrativa em casos de corrupção, acordo de leniência, cadastros nacionais de empresas e *compliance*.

Os mecanismos de integridade e controle interno das empresas são denominados genericamente como *compliance*. A prática de *compliance* tem a ver a implantação de decisões do ponto de vista ético-concorrencial de cima para baixo, ou seja, é uma medida vertical e hierárquica a ser aplicada a partir da direção das empresas; foi estabelecida como política pública a partir de um marco regulatório legislativo (Góis, 2014, p. 112-113) e deverá ser avaliada pelo Judiciário, em algumas situações previstas na Lei 12.846/2013.

A Lei Anticorrupção aponta para a necessidade de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, nos seguintes termos:

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

(...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

(...)

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

De acordo com Fábio Osório Medina, a Lei Anticorrupção:

Fortalece as ferramentas e o controle, amplifica os instrumentos repressivos e cria sanções novas. E não bastasse isso, a responsabilidade objetiva das empresas, ou seja, se um funcionário entre milhões é flagrado cometendo um ilícito de improbidade empresarial, independente de culpa ou dolo, a empresa pode ser punida. E exige que as empresas criem mecanismos de implantação das normas. Isso vai gerar um custo enorme no mercado, o chamado custo compliance, as empresas terão que atuar prevendo auditorias, consultorias, comitês independentes para coibir atos ilícitos dos seus funcionários. E, caso ocorra, se a empresa tiver adotado as medidas poderá incorrer em redução de pena, podendo

até excluir da responsabilidade. Mas há um custo que deverá ser implantado em todo o mercado, que não se encontra regulado. Não sabemos qual será o impacto das empresas que contratam com o poder público, por as exigências relacionadas a compliance pode se tornar exigência em processos licitatórios para priorizar aquelas que trabalham com a sustentabilidade jurídica e ética (Osório Medina, 2014).

Em muitos ordenamentos jurídicos, as leis de combate à corrupção envolvendo o setor privado são referenciadas, em termos históricos, na Lei Americana Anticorrupção (*The Foreign Corrupt Practices Act* - "FCPA"), aprovada em 1977 e suas alterações. A FCPA é uma lei federal dos EUA que proíbe subornos a funcionários de governos estrangeiros e figuras políticas.

Pode-se situar, como Santos (2011, p. 184), a origem histórica da *compliance* nas instituições financeiras, com a criação do Banco Central Americano, em 1913, que objetivou a formação de um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, culminando com a Política Intervencionista New Deal.

Outros autores ainda localizam o sistema normativo de governança corporativa específica a partir da norte-americana Lei Sarbanes-Oxley. Para Gordon et al., "a Lei Sarbanes-Oxley de 2002, doravante referida como SOX, é uma das mais importantes legislações a afetar as corporações com ações negociadas nas bolsas de valores desde a Securities Act de 1933 e a Securities Exchange Act de 1934" (Gordon et al, 2006). Para Engel, Hayes e Wang, a SOX demandou uma série de mudanças nos relatórios financeiros e de governança corporativa das empresas, como resposta aos vários escândalos financeiros mencionados, caracterizando uma resposta legislativa destinada a reconstruir a confiança dos investidores no mercado de capitais (Engel, Hayes e Wang, 2007).

A Lei Sarbanes-Oxley (SOX, oficialmente denominada como *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*) é uma lei federal dos Estados Unidos da América em resposta aos inúmeros escândalos corporativos e contábeis. A Lei SOX enfatiza a restauração da credibilidade com um profundo compromisso ideológico para manutenção do sistema capitalista, inerente à estrutura da política americana (Cunha et al., 2013).

Outro paradigma normativo é a Lei Anti Suborno do Reino Unido (U.K. Bribery Act – "UKBA"). A UKBA tem, como algumas de suas características, procedimentos escritos, a noção de comprometimento do alto escalão; a base na avaliação e gestão de riscos (*risk assessment*) e na diligência devida (*due diligence*); bem como a exigência de treinamento e revisão contínuos do programa.

Nesse modelo, tem-se por finalidade agregar valor para o acionista, baseando-se no atendimento dos interesses desse acionista (*shareholder*). Assim, tem-se fragmentação do capital da empresa; elevado nível de transparência das informações; com abertura e divulgação total, de maneira a restringir o privilégio e a assimetria na informação (*insider information*). De maneira que o interesse e a literatura sobre a questão tendem a aumentar, abarcando, em um futuro breve, o viés empírico, a partir das práticas de *compliance* adotadas.

3. Procedimentos metodológicos

A investigação, de cunho exploratório e descritivo, utilizou-se de técnica bibliográfica, documental e de levantamento, no que toca aos procedimentos. Inicialmente, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, por meio de leitura e discussão dos documentos e obras de referência. Após essa fase, foram construídos os referenciais teóricos para a abordagem do problema; articulando-se tais referenciais com a legislação estrangeira.

4. Análise dos resultados

Para o setor público, temos um amplo leque de normas envolvendo o controle da Administração e a prevenção e o combate à corrupção (como, por exemplo, Lei de Acesso à Informação ou a Lei de Improbidade Administrativa – Leis 12.527/2011 e 8.429/1992, respectivamente).

No âmbito do Poder Executivo Federal, há os seguintes diplomas legais: Lei 9784/1999 (Lei do Processo Administrativo); Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013); Conflito de Interesses no Serviço Público (Resolução nº 08/2003); Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994); Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal (Decreto nº 6.029/2007).

Questionadas quanto à efetividade, tais normas para o setor público são mais claras quanto à aplicação, envolvendo competências de vários órgãos, que podem atuar conjunta ou separadamente, como é a situação do manejo de Ação Civil Pública.

Mas para o setor privado, sendo o marco normativo e a proposição em si bastante inovadores, tem havido dificuldades em se compreender e aplicar as medidas de controle da corrupção, a começar pelos mecanismos internos de integridade empresarial. Em termos de produção normativa, compilamos, acerca de *compliance*, os seguintes documentos: Lei 12.846/2013 (Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira); Decreto 8.420/2015 (Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira); Portaria-CGU Nº 909/2015 (Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas).

Assim, até o momento, ocorrem relutâncias para aplicação do marco normativo, notadamente, para a implantação da *compliance* no setor privado.

Ao dispor sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a Lei 12.846/2013 prevê os atos lesivos à administração pública, conforme disposto abaixo.

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Segundo a Lei Anticorrupção, “os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”, de acordo com a Lei

12.846/2013, art. 7º, parágrafo único. Tal regulamento passou a existir com o Decreto 8.420/2015, inspirado a partir das normas internacionais e seus aspectos centrais quanto a um programa de *Compliance*.

No âmbito administrativo, a Controladoria Geral da União (CGU) estabeleceu, por meio da Portaria Nº 909, de 7 de abril de 2015, normas que dispõem sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. A Portaria Nº 909/2015 assevera, em seu artigo 5º, § 2º, que o programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput.

Do referido Decreto 8.420/2015, o item que toca diretamente à finalidade da pesquisa é o Programa de Integridade, que desenha um modelo de *compliance*. Reproduzimos abaixo os tópicos relacionados.

CAPITULO IV

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no 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 objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico (...)

Assim, temos como pontos de apoio do modelo de *compliance* as macrofunções típicas do controle organizacional: Auditoria, Controladoria, Corregedoria e Ouvidoria. Essas funções integram um modelo em fase de desenvolvimento para o setor privado.

No tocante às funções de controle externo e auditoria governamental, temos como modelo de execução dos mecanismos de controle a Portaria-TCU N° 280, de 8 de dezembro de 2010 (Aprova as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União). Segundo a Portaria-TCU N° 280/2010:

O controle externo exercido mediante a fiscalização do TCU realiza-se, predominantemente, por meio de auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme prevê o inciso IV do art. 71 da Constituição, impondo-se a necessidade de realizá-las segundo normas técnicas apropriadas, desenvolvidas de acordo com padrões reconhecidos internacionalmente, a exemplo das Normas Internacionais de Auditoria das Entidades de Fiscalização Superior (ISSAI), da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), e com as melhores práticas desenvolvidas por outras instituições superiores de controle de reconhecida experiência. As normas de auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT) foram desenvolvidas tendo por base o arcabouço normativo da instituição (Constituição, Lei Orgânica, Regimento Interno, Código de Ética dos Servidores do TCU, resoluções e instruções normativas do TCU), a experiência acumulada, as normas de auditoria de fontes internacionais, especialmente as ISSAI, da Intosai, bem como as normas das entidades de auditoria e controle governamental visitadas no âmbito do programa de benchmarking realizado pelo TCU, em 2004, dentre as quais o IFAC, o IIA, o GAO, o ANAO e as entidades de fiscalização superior da Alemanha, Itália, França, Espanha, Bélgica e Holanda (p. 9).

Para o setor privado, a prática de *compliance* envolve ações como suporte da Administração e Liderança; mapeamento e análise de riscos; políticas, controles e procedimentos; comunicação e treinamento; monitoramento, auditoria e remediação. Os aspectos fundamentais do combate à corrupção dizem respeito à (i) regulamentação clara e disseminada; (ii) educação (permanente capacitação acerca de integridade e ética); (iii)

cooperação internacional; (iv) transparência (ferramentas de divulgação, monitoramento e acompanhamento de informações públicas e privadas); e (v) independência (amplas liberdades para investigação e julgamento de casos de corrupção) (Global Integrity Summit, Griffith University *apud* Relatório Deloitte: Lei Anticorrupção).

Como exemplos de ações que estruturam um programa de integridade, temos (Relatório Deloitte: Lei Anticorrupção, p. 11): treinamento sobre temas de conformidade aos novos profissionais contratados (educação); análise de reclamações (ouvidoria); treinamento por demanda de temas de conformidade; utilização de indicadores-chave desempenho e conformidade; revisão das contingências, multas e passivos gerados por não conformidades; revisões de como os negócios foram efetuados no passado; revisão de qualidade tempestiva para garantir o recrutamento e a contratação de profissionais habilitados às vagas; revisão de qualidade pós-recrutamento para identificar vagas preenchidas por profissionais que não atenderam aos critérios necessários.

No caso do marco normativo nacional, percebe-se a indicação genérica dos mecanismos de integridade, sem clareza quanto aos procedimentos e autoridades responsáveis. Conforme comentário abaixo:

A definição de competências, bem como dos procedimentos cabíveis em relação à responsabilização de pessoas jurídicas não é muito clara na Lei 12.846/2013. A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (Lei 12.846/2013, art. 8º). Prevê-se que, na esfera administrativa, “a aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público” (art. 6º, § 2º). Assim, os Tribunais de Contas podem surgir como atores institucionais importantes no desenho do modelo processual aplicável à compliance no Brasil. O Poder Judiciário, até mesmo pela cláusula jurisdicional aberta da Constituição, é um importante ator institucional na efetivação das responsabilidades às pessoas jurídicas. Segundo a referida cláusula constitucional (art. 5º, XXXV), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Góis, 2014, 106-107).

As autoridades máximas de cada órgão ou entidade são os agentes públicos que ocupam os espaços de soberania. Sendo a estrutura administrativa complexa e interdependente, falha a citada lei quando não especifica os órgãos com responsabilidade, visto que o Presidente da República, do Congresso Nacional ou do STF dificilmente iriam ter condições de instaurar e julgar tais processos administrativos. De maneira que resta às controladorias, Ministério Público, tribunais de contas, advocacia pública e defensorias a responsabilidade subsidiária, mas apenas implícita, quando poderia ser detalhada e explícita. No caso da esfera federal, por exceção, tivemos a definição da competência:

Artigo 8º, § 2º. No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União

- CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Cabe a observação de que a Controladoria-Geral da União (CGU), em vista do afastamento provisório da presidenta Dilma Rousseff, em processo de *impeachment*,

Tornou-se oficialmente, na última quinta-feira (12), o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), por meio da Medida Provisória 726, editada pelo Presidente da República em exercício, Michel Temer. A mudança de nomenclatura do órgão, no entanto, não altera as suas funções (Brasil, 2016).

Outros conceitos essenciais estão ausentes, como, por exemplo, os de conflito de interesse e tráfico de influência (ou mesmo *lobby*). As condutas descritas pela Lei Anticorrupção são ainda muito abrangentes, como no item reproduzido abaixo (art. 5º, inc. I):

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.¹

No inciso reproduzido, temos situação já prevista na legislação penal (Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública), com a justificativa de que se trata de responsabilidade civil e administrativa. Todavia, tal preocupação com a abertura excessiva da norma já vem sendo registrada na literatura jurídica:

A lei anticorrupção, em seu artigo 5º, enuncia que os atos lesivos à Administração Pública, ensejadores da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Na sequência elenca um rol taxativo composto por cinco incisos. Destaca-se que as condutas previstas no art. 5º não são exclusivas e originais da lei anticorrupção, eis que já eram consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de licitações ou pela Lei de Improbidade

¹ O conceito de conflito de interesse está em outra norma, voltada para o setor público. Segundo a Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, art. 3º, para os fins desta Lei (aplicável no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal), considera-se: I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.

Administrativa. (...) Uma das preocupações trazida pela Lei nº. 12.846/2013 consiste na abertura excessiva dos tipos estabelecidos em seu art. 5º. A lei se utiliza de condutas imprecisas, que permitem vastas compreensões, garantindo alto grau de subjetividade para a atividade hermenêutica dos intérpretes, o que ocasiona menos segurança jurídica (Campos, 2015, p. 166).

Para a qualificação fática da conduta descrita no artigo 5ª, I da Lei nº 12.846/2013 (prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada), cabem as noções de lobby e de conflito de interesses, ou mesmo o conceito de cortesias comerciais. A nota Política Antissuborno e Anticorrupção, emitida pelo Departamento Jurídico da Moody's, enumera alguns exemplos concretos do que poderia estar incluído nessa descrição ampla:

CORTESIAS COMERCIAIS

O suborno não está restrito a pagamentos em dinheiro com intenção de prática de corrupção, pode também incluir o oferecimento de cortesias comerciais ou outras coisas de valor para um propósito impróprio, tais como presentes, hospitalidades ou entretenimento. Não é permitido o oferecimento de nenhum tipo de cortesia comercial para finalidades impróprias ou corruptas. Além disso, nenhuma cortesia comercial poderá ser oferecida, direta ou indiretamente, a um funcionário público, exceto se aprovada previamente, conforme abaixo descrito (a menos que isenta, de acordo com as isenções aqui contidas).

As cortesias comerciais podem incluir, dentre outras coisas:

- » Presentes*
- » Itens promocionais*
- » Despesas de viagem*
- » Refeições, entretenimento, recreação e outras hospitalidades*
- » Ingressos a eventos esportivos, culturais e outros*
- » Doações para instituições de caridade ou fins filantrópicos – quer em dinheiro ou outras formas de patrocínio (tais como jantares ou torneios de golfe)*
- » Oportunidades de negócios*
- » Produtos ou serviços grátis ou com desconto*
- » Estágios, alocação temporária ou emprego para funcionários públicos ou seus familiares*
- » Empréstimos*
- » Assistência médica (Moody's Corporation, 2014, p. 3).*

Assim, embora a Comissão de Ética Pública, no âmbito do Executivo Federal, já tenha tratado do tema específico de presentes e brindes (Resolução nº 03/2000, Regras sobre o tratamento de presentes e brindes aplicáveis às autoridades públicas abrangidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal), a Lei Anticorrupção, de caráter nacional, trata ambigualmente das condutas e não tem a preocupação técnica de delimitar conceitos essenciais para o combate à corrupção no trato entre agentes públicos e privados – como é o caso do conceito de conflito de interesses.

Em matéria de direito comparado, resgatamos normas de outros ordenamentos já referenciadas. Para falar das especificidades, tomamos como paradigma de comparação a SOX, que detalha, entre suas medidas, elementos como: “*Public Company Accounting Oversight Board*” (Título I, formação do Comitê de Auditoria); “*Auditor Independence*” (regulamenta o comportamento do auditor, Título II); “*Corporate Responsibility*” (dispõe acerca da criação do comitê de auditoria composto por membros independentes, Título III); “*Enhanced Financial Disclosures*” (evidenciação contábil e o controle interno, Título IV).

A SOX prossegue, tratando acerca de “*Corporate and Criminal Fraud Accountability*” (dispõe sobre fraudes contábeis; destruição, falsificação, alteração de documentos e as penalidades; Título VII); “*Corporate and Criminal Fraud Accountability*” (Título VIII); “*White-Collar Crime Penalty Enhancements*” (Título IX); “*Corporate Tax Returns*” (Título IX), segundo Santos e Lemes (2004).

O já citado Relatório Deloitte enumera alguns desafios (2014, p. 17) para a cultura e a implantação dos programas de integridade, como: complexidade do ambiente regulatório; assegurar que a área de *Compliance* torne-se mais envolvida nas decisões estratégicas; garantir a independência da área de *Compliance*; gestão de conformidade organizada e atuante (papéis e responsabilidades); necessidade de infraestrutura tecnológica adequada para monitoramento da conformidade; garantia de que a unidade de negócio esteja em conformidade; integração da área de *Compliance* com outras funções, incluindo gerenciamento de riscos, comercial, auditoria interna, comitê de denúncia e atendimento ao cliente; velocidade das mudanças nas regulamentações e ausência de clareza no que tange as expectativas regulatórias; alocação de recursos de conformidade de forma efetiva com o objetivo de gerenciar riscos adequadamente; educação corporativa abrangente referente à gestão da conformidade e obrigações do *staff* e distribuição adequada das responsabilidades de monitoramento das funções de conformidade e de negócios.

Conquanto a Controladoria Geral da União (utiliza-se a designação legal aqui, embora se trate do atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle) esteja atuando, até pela definição mais clara de seu papel na Lei Anticorrupção, não se pode dizer o mesmo dos demais entes federativos.

Como resultado preliminar dessa escassa densidade normativa nacional (excesso formal e insuficiência substancial), podemos citar o baixo número de Estados que regulamentaram a Lei Anticorrupção, como reproduzido a seguir:

Aprovada após as manifestações de 2013, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846) ainda não é aplicada na maior parte do país. Apenas a União e os Estados do Paraná, Espírito Santo, São Paulo, Minas Gerais e Tocantins regulamentaram a norma. (Aguiar, 2015).

Entre os que regulamentaram, pouca aplicação há – aparentemente, apenas um caso. “Pela primeira vez no país uma empresa é condenada no âmbito estadual com base na Lei Anticorrupção. O Estado precursor é o Espírito Santo que aplicou sanção prevista na norma a uma microempresa, por “perturbar” um processo de licitação” (Aguiar, 2016). Na situação, após vencer o pregão eletrônico, a empresa não apresentou os documentos exigidos para habilitação e assinatura do contrato. Entretanto, trata-se de literatura jornalística, tentando-se demonstrar um nível de empiria a título preliminar; o que, por certo, não substitui os indicadores oficiais, que deverão vir de órgãos públicos.

Também, não se pode desconsiderar os custos de implantação da *compliance*. Segundo Fábio Osório Medina (2014), houve um alto custo quando da implantação do sistema no mercado financeiro, com custos da ordem de escritórios qualificados, com profissionais das áreas da contabilidade, do direito, da administração e economia, interligados, para emitir pareceres, relatórios, gerando oneração. A propósito, cite-se:

Por certo, o Compliance possui, entre os seus objetivos, organizar documentação e procedimentos, gerenciando de forma adequada os riscos e exaltando a transparência. (...) Tais condutas, contudo, devem estar atreladas diretamente à efetividade da Lei Anticorrupção Empresarial, sob pena de não se alcançar o objetivo almejado. De forma resumida, os custos de transação para a implantação de uma política de Compliance se dividem em três aspectos: custos de manutenção, de não conformidade e de governança (Ribeiro e Diniz, 2015, p. 94).

Todavia, verifica-se, nas principais leis anticorrupção internacionais, um detalhamento maior das questões estratégicas quanto a configuração do programa de integridade, como a independência do auditor, bem como o controle contábil e documental - o que facilitaria a aplicação da norma.

O fato é que “há imprecisões na lei que podem contaminar parte de sua eficácia, assim como previsões cujos efeitos podem desestimular algumas condutas empresariais desejáveis” (Ribeiro e Diniz, 2015, p. 103), de maneira que a configuração do programa de integridade é um dos itens que exigiria uma técnica legislativa mais clara e estruturada.

5. Conclusões

A Lei Anticorrupção inaugura um marco regulatório que evolui para um microssistema normativo, induzindo o setor privado a criar seus mecanismos de controle e governança corporativa no âmbito privado brasileiro. A edição da norma advém de compromissos internacionais que o Brasil assumiu, ao se tornar signatário de convenções sobre combate à corrupção no relacionamento entre Estado e empresas privadas.

Compliance deriva da noção de cumprimento de normas, e vem a denominar uma gama de procedimentos de integridade, ética, fiscalização e controle nas empresas. Todavia, o marco normativo parece apontar para uma compreensão de *compliance* flexível, devido à regulamentação genérica, por exemplo; a ausência de um arranjo fechado ou desenho mais explícito dos mecanismos de integridade e garantia de independência dos sistemas de monitoramento e controle.

A configuração da *compliance* deve partir de um código estruturado de normas internas fortemente lastreadas nas normas de ordem pública, e se basear nos pilares ou macrofunções típicas do controle organizacional (Auditoria, Controladoria, Corregedoria e Ouvidoria); embora respeitando as características das organizações.

Assim, o setor público ainda não respondeu, no sentido de efetivação, às demandas da lei. Por seu lado, o setor privado é instado a se adequar, criando seus programas de integridade, o que encontra obstáculos na generalidade e dispersão dos documentos normativos, bem como no custo em si da mudança.

Referências bibliográficas

- AGUIAR, Adriana. **Poucos Estados regulamentaram a Lei Anticorrupção**. In: Valor Econômico, 03/11/2015. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4297148/poucos-estados-regulamentaram-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 18/12/2015.
- AGUIAR, Adriana. **Espírito Santo é o primeiro a aplicar Lei Anticorrupção**. In: Valor Econômico, 15/01/2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4393032/espírito-santo-e-o-primeiro-aplicar-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 01/02/2016.
- ANGARITA, Antonio; SICA, Ligia Paula P. Pinto; DONAGGIO, Angela. **Estado e Empresa: uma relação imbricada**. 1. ed. Coleção Acadêmica Livre. Série pesquisa. São Paulo: Direito GV, 2013.
- CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2., n. 1. São Paulo, USP, 2015.
- DELOITTE TOUCHE TOHMATSU LIMITED. **Lei Anticorrupção** - Um retrato das práticas de *compliance* na era da empresa limpa. (Relatório Deloitte). 2014.
- ENGEL, E.; HAYES, R. M.; WANG, X. **The Sarbanes–Oxley Act and firms’ going-private decisions**. Journal of Accounting and Economics, Vol. 44, n. 1-2, 2007.
- FRAGOSO, Ronaldo; ARAÚJO, Camila (Organizadores). **Relatório Lei Anticorrupção** - Um retrato das práticas de *compliance* na era da empresa limpa. Deloitte Touche Tohmatsu Limited, 2014. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/LeiAnticorrupcao.pdf>. Acesso em: 20/01/2016.
- GÓIS, Veruska Sayonara de. A Lei de *Compliance* e sua Configuração enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro. **Revista Controle**, Volume XII. Nº2. Dezembro 2014.
- MOODY’S CORPORATION, MOODY’S INVESTORS SERVICE, INC., MOODY’S ANALYTICS, INC. E/OU SUAS LICENCIADAS E AFILIADAS. **Política Antissuborno e Anticorrupção** (2015). Disponível em: https://www.moody.com/sites/products/ProductAttachments/SP27608_Policy%20for%20Anti-Bribery%20Anti-Corruption_Portuguese.pdf. Acesso em: 20/01/2016.
- MEDINA, Fábio Osório (Entrevista). Menna, Vinícius. Novos mecanismos vão gerar um custo enorme no mercado? **Tribuna do Norte**, 2014.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

SANTOS, Luciana de Almeida Araújo; LEMES, Sirlei. A Lei Sarbanes-Oxley: uma tentativa de recuperar a credibilidade do mercado de capitais norte-americano. 1º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade, 2004, São Paulo. In: 1º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade e 4º Congresso USP Controladoria e Contabilidade - Demandas Sociais Emergentes e a Pesquisa Contábil. **Anais**. São Paulo, 2014.

SANTOS, Renato Almeida dos. *Compliance* como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. 6º Concurso de monografias: trabalhos premiados / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. **Anais**. Brasília, 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portaria-TCU Nº 280, de 8 de dezembro de 2010 (Anexo das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Revisão Junho 2011). Brasília: TCU, 2011.