

Arnaldo Quirino: O Programa de Conformidade e a Lei Anticorrupção

O microsistema de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público

A norma anticorrupção soma-se às demais leis que compõem aquele que podemos seguramente denominar de microsistema de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público, composto de alguns daqueles diplomas legais repressores supramencionados, mas principalmente pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) e, mais recentemente, pelo Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016).

A Lei de Improbidade Administrativa, até então, chegou a ser reconhecida pela jurisprudência com abrangência suficiente para punir a pessoa jurídica que de modo direto ou indireto se beneficiasse do ato ímprobo cometido por seu dirigente ou gestor (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.127.143-RS, relator ministro Castro Meira, j. 22/6/2010, divulgado no DJe 3/8/2010), apesar da polêmica que a afirmação encerra, considerando-se que a Lei 8.429/1992 não admite a responsabilidade objetiva, doravante admitida como regra (em tese) no artigo 2º da Lei 12.846/2013.

Para ilustrar o debate, sob a égide da Lei 8.429/1992, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: a) não figurando no polo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em ação de improbidade administrativa; b) na hipótese, todavia, se tratando da pessoa jurídica beneficiada, poderá ser proposta ação civil pública comum objetivando o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público (Recurso Especial 1.155.992-PA, relator ministro Herman Benjamin, j. 23/3/2010, divulgado no DJe 1º/7/2010).

O fundamento determinante deste último julgado bem evidencia que os instrumentos de tutela do patrimônio público possuem em sua gênese duas finalidades bem distintas, não necessariamente objetivadas pela mesma via processual, como previsto nas duas normas de regência: a Lei 8.429/1992 e a Lei 12.846/2013. Ambas têm por escopo primeiro o efeito sancionatório. A configuração da ilicitude ensejará, de regra, o efeito secundário, igualmente relevante: a obrigação de reparar integralmente o dano causado à administração pública.

Esse escopo repressivo primordial e reparatório secundário é expressamente reconhecido na Lei Anticorrupção ao pontuar o texto normativo que: a) a aplicação das sanções nela previstas não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (artigo 6º, parágrafo 3º); b) a instauração do processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas na lei; c) a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença (artigo 21, parágrafo único).

Os diversos conflitos de interesses entre a pessoa jurídica e seus representantes legais, dirigentes, colaboradores internos e externos etc., somado a dispersão de ordens e comandos pelos vários órgãos ou departamentos quando em face de uma estrutura organizacional complexa, são fatores que contribuem para dificultar a persecução da responsabilidade do ente empresarial e da pessoa natural envolvidos em

atos fraudulentos e de corrupção nos seus negócios e contratos com a administração pública.

A Lei 12.846/2013 pretende romper tais obstáculos técnico-jurídicos ao criar arsenal capaz de suprir essa lacuna de punibilidade, apostando o legislador na eficácia da lei muito em consideração à implantação de mecanismos de prevenção através dos programas de integridade (artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção e artigos 41 e 42, do Decreto 8.420/2015) e de repressão com a possibilidade de aplicação de sanção e condenação à reparação dos danos com fundamento na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e independentemente da responsabilização individual (subjéctiva) das pessoas naturais referidas naquela lei (artigo 3º, parágrafo 1º).

Podemos afirmar, assim, que o legislador aposta, sobretudo, nesses dois importantes pilares da Lei de Improbidade Empresarial: responsabilidade objetiva da pessoa jurídica (independentemente da responsabilização — subjéctiva — da pessoa física, autora imediata do fato) e programa de integridade (efetivo e eficaz).

O Programa de Integridade na Lei Anticorrupção e a exigência de ética e probidade empresarial

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) — e o Programa de Integridade (ou Programa de Conformidade) que lhe serve de supedâneo (Decreto 8.420/2015) — tem em mira, tanto quanto a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), provocar uma atitude proativa constante das empresas (e da alta direção: presidente, diretores, conselho de administração; colaboradores: empregados, prestadores de serviços etc.) na forma como negociam e atuam junto à administração pública: a norma exige respeito à ética, à probidade e aos princípios da administração pública.

A pessoa jurídica, no intento de evitar o cometimento de ilícitos e danos ao patrimônio da administração pública, deverá implantar uma rígida política de boa governança corporativa, com a imposição de valores éticos e modo de proceder na sua atividade negocial, avaliando e minimizando riscos, evitando danos sociais, a denotar seu comprometimento no cumprimento das regras impostas pelo ordenamento jurídico, de conformidade com o modo como se organiza internamente.

A ausência de um Programa de Integridade efetivo e eficaz pode se converter em importante elemento ou indício de responsabilidade da pessoa jurídica por atos fraudulentos ou de corrupção cometidos por seus empregados e dirigentes (ou mesmo terceiros que com ela mantenham negócios).

Programa de Integridade: instrumento de prevenção e mitigação de riscos empresariais e atos de corrupção

O *compliance program*, ou "programa de integridade", converte-se em importante mecanismo de prevenção e, inclusive, punição aos empregados e dirigentes (ou terceiros) no âmbito da pessoa jurídica, pelo cometimento de atos fraudulentos ou de corrupção em face da administração pública.



A eficácia e efetividade do Programa de Integridade estão estreitamente vinculadas ao nível de comprometimento de dirigentes, gestores e empregados da empresa. É salutar e imprescindível que, sobretudo, presidentes, diretores e conselheiros estejam atentos à necessidade de estar à frente da consecução dos processos de gestão de riscos e controles internos, treinando, motivando, incentivando e persuadindo constantemente os colaboradores da empresa para a estrita observância: da política de integridade, dos valores éticos e da cultura organizacional.

Na verdade, ao que parece, é o Estado transferindo parte de seu ônus persecutório às empresas, devido em regra à complexidade de algumas estruturas empresariais, o que dificulta sobremaneira a implantação de políticas públicas diretas de prevenção e persecução à fraude ou à corrupção contra a administração pública.

Autorizada doutrina em Direito Comparado afirma que os mecanismos de autorregulação (regulada) em empresas com estruturas complexas são especialmente importantes no tratamento de ilícitos empresariais. A regulação própria desenvolvida internamente pela pessoa jurídica poderá resultar em instrumentos de prevenção (ou mesmo repressão) mais eficazes que a regulação administrativa ou penal do Estado, circunstância muito creditada à complexidade econômica e técnica da atividade empresarial, normalmente desconhecida do aparato persecutório do Estado.

O Programa de Integridade à luz do regramento proposto pela Controladoria-Geral da União

Sobre o conteúdo fundamental do Programa de Integridade, a Controladoria-Geral da União fez editar atos normativos e manuais com a finalidade precípua de orientar as empresas no desiderato de melhor se adequarem a essa nova realidade e às exigências da Lei Anticorrupção: Portaria 909/2015 — define critérios para avaliação dos programas de integridade (*compliance*) das empresas como requisito para concessão de redução no valor da multa; Portaria Conjunta 2.279/2015 — define normas de integridade com menor rigor formal, segundo a CGU, adaptadas as peculiaridades das empresas de pequeno porte e microempresas. A Portaria 909/2015 (nos seus artigos 1º e 4º), editada pela Controladoria-Geral da União, pontua quais são os requisitos imprescindíveis para que o Programa de Integridade considere-se efetivo e eficaz.

Poderá, igualmente, como orientação, ser consultado: Guia de Integridade ([Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas](#)), lançado pela Controladoria-Geral da União, cuja finalidade é auxiliar as empresas no aperfeiçoamento de políticas de prevenção e persecução dos atos lesivos de que trata a Lei Anticorrupção; [Cartilha de Integridade para Pequenos Negócios](#), também editada pela Controladoria-Geral da União com o objetivo de orientar pequenos empresários sobre a importância da integridade na realização de seus negócios, oferecendo soluções para que seja estruturado um Programa de Integridade.

Outra iniciativa governamental importante que deve ser mencionada é o Guia da Controladoria-Geral do Município de São Paulo, que tem a pretensão de balizar as diretrizes para verificação da efetividade e eficácia dos programas de integridade das pessoas jurídicas que mantem negócios e contratos com a administração pública municipal: a empresa submetida ao processo administrativo sancionador terá seu programa de integridade avaliado; a análise verificará a funcionalidade e aptidão (ou não) para o combate efetivo à corrupção. O guia está estreitamente sintonizado com as orientações do Decreto Federal 8.420/2015.

Mais recentemente, a International Organization for Standardization (ISO) publicou a norma ISO 37001:2016 – *Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) a incorporou na denominada norma ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de Gestão Antissuborno, cujo conteúdo abrange os seguintes itens: a) suborno nos setores público, privado e sem fins lucrativos; b) suborno pela organização; c) suborno pelo pessoal da organização atuando em nome da organização ou para seu benefício; d) suborno pelos parceiros de negócio da organização atuando em nome da organização ou para seu benefício; e) suborno da organização; f) suborno do pessoal da organização em relação às atividades da organização; g) suborno dos parceiros de negócio da organização em relação às atividades da organização; h) suborno direto ou indireto (por exemplo, um suborno oferecido ou aceito por meio ou por uma terceira parte).

Porém, há outra normativa mais abrangente que vai além de orientações e recomendações antissuborno. Trata-se da denominada DSC 10.000 (Diretrizes para o Sistema de *Compliance*), elaborada por inúmeros profissionais com expertise no tema. É um importante instrumento que se presta a orientar instituições e empresas na obtenção de integridade corporativa e servir de referência para a certificação através de organismos especializados e independentes.

Programa de Integridade formal e Programa de Integridade efetivo

Os instrumentos de prevenção, investigação e mitigação de riscos (Sistemas de Integridade Corporativa) e a formalização dos Programas de *Compliance*, além de demonstrar a implantação da conformidade (e cultura comprometida com a ética e legalidade), poderão ser amplamente utilizados pela empresa ou seus dirigentes como meio de defesa em processos administrativos ou criminais por atos de corrupção praticados por empregados e terceiros

Entretanto, vale a advertência: caso a empresa seja submetida a investigação, muito mais que o "papel", a Controladoria-Geral da União e outros órgãos de controle verificarão se realmente há na empresa uma verdadeira e autêntica cultura de integridade.

"Estar em *Compliance*" (fazer a coisa certa) e desenvolver cultura organizacional comprometida com a ética e integridade significa algo além do "papel": é um compromisso com um valor intrínseco indissociável da corporação, é uma postura (real) que ultrapassa aspectos formais ou meramente protocolares.

Para a Lei Anticorrupção, Programa de Integridade "efetivo e eficaz" não é somente cumprir requisitos formais e protocolares: é ter postura e estar comprometido com a ética e respeito às leis.



Se a avaliação da CGU é positiva, há atenuação das penas previstas na Lei Anticorrupção (outras legislações em Direito Comparado consideram inclusive a possibilidade de isenção de pena, mas não no Brasil, ainda).

Como a responsabilidade é objetiva, se a avaliação for negativa, ou seja, caso a CGU considerar que o Programa de Integridade "é somente no papel" e ineficaz por ausência de compromisso ou comprometimento da alta direção, Conselho de Administração condenará a empresa nas sanções da Lei Anticorrupção e, por óbvio, sem qualquer atenuação da pena, consoante também as portarias 909/2015 e 910/2015.

Referência bibliográfica

- Almeida, Arnaldo Quirino de. *A responsabilização do Compliance Officer e a Lei Anticorrupção*. Revista Síntese de Direito Administrativo: São Paulo, abril/2018, nº 148, pp. 85/104.
- _____. *Programa de Integridade (Compliance Program) na Lei Anticorrupção e Culpabilidade empresarial*. Revista Síntese de Direito Empresarial: São Paulo, set-out/2017, nº 58, pp. 68/111.
- Candeloro, Ana Paula P. et al. *Compliance 360º, riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Edição dos Autores, 2015, 2ª ed.
- Carvalhosa, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- Giovanini, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. Compliance Total edição, 2014.
- Gonsales, Alessandra (et al). *Compliance: a nova regra do jogo*. São Paulo: Editora Legal Ethics Compliance, 2016.
- Martín, Adán Nieto e Zapatero, Luis Arroyo, directores. *El Derecho Penal Económico e la era Compliance*. Valencia: Edita Tirant lo Blanch, 2013.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madri: Editorial Tecnos, 2012, 5ª ed.
- Silveira, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa: o essencial para líderes*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2014.