

OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO¹

Cláudio Cairo Gonçalves²

Sumário: 1. Introdução; 2. Maximização dos resultados econômicos e a Necessidade de sua compatibilização com cultura ética nas empresas; 3. Governança corporativa (privada e Pública) também como tendência; 4. Os programas de *compliance* (ou integridade) e seu contexto histórico; 5. Os programas de *compliance* (ou integridade) e sua efetividade; 6. Tratamento normativo constitucional atual da advocacia de Estado; 7. O papel da advocacia de Estado na efetivação dos programas de *compliance* (ou integridade); 7.1. O papel da advocacia de Estado no âmbito interno; 7.2. O papel da advocacia de Estado no âmbito externo; 8. Conclusões.

Resumo: Este artigo analisa a situação atual dos programas de *compliance* e o papel da advocacia de Estado, trazendo reflexão sobre o seu caráter emergente, com indicativos de que o tema tem bastante substância para determinar um protagonismo institucional para a advocacia de Estado, do discurso para a efetividade.

1. INTRODUÇÃO

As reflexões jurídicas em torno dos programas de *compliance* e o papel da advocacia de Estado, na proporção e na dimensão que detêm, ainda não floresceram entre os Procuradores de Estado, em face da atualidade, originalidade e complexidade em que estão inseridas. A atualidade advém da presente e crescente democratização do acesso às informações sobre o atual e experimentado combate multisetorial do sistema de justiça brasileiro contra corrupção e das suas consequências institucionais, econômicas, sociais e

¹ Artigo extraído da Tese aprovada com louvor no XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal, realizado durante o período de 19 a 21/09/2018, em Praia do Forte/Mata de São João-BA.

² Mestre em Direito Econômico (UFBA), Doutorando em Direito do Estado (USP), Procurador do Estado da Bahia e Advogado (cgoncalves70@hotmail.com).

culturais advindas. A originalidade está relacionada com a possibilidade de potencialização (ainda maior) do papel da advocacia pública no cenário nacional das procuraturas constitucionais (PGEs, MP e Defensoria Pública). A complexidade provém dos contextos social, político, institucional e multifuncional, que circundam o tema da corrupção e suas consequências.

Conforme NICHOLS e ROBERTSON ³, atualmente é impossível entender o mundo sem falar em corrupção (como decadência moral ou funcional), podendo ser caracterizada como declínio social; como lógica de troca; como desvirtuadora do comportamento humano; como sistema de medição de percepções; como sombra política (conceituação de ULRICH ALEMANN). Ou seja, corrupção como fenômeno multivalente, com várias acepções.

Sobre a situação evidenciada no Brasil atual, relacionada à corrupção, LARA REZENDE⁴ questiona, mesmo com a complacência com pequenas transgressões, como se conseguiu chegar a este nível de desonestidade institucionalizada (?). Cita estudos em microeconomia de GARY BECKER, da Universidade de Chicago, sobre o processo de tomada de decisões, em que afirma que todo comportamento humano pode ser entendido como avaliação de custo benefício. Para o autor, o grau de desonestidade depende da lembrança das leis e códigos de ética existentes, depende daquilo que é percebido como flagrantemente desonesto e do grau de tolerância da comunidade em relação àquela desonestidade. Para LARA REZENDE, mais do que um cálculo de custo benefício, os valores da comunidade restringem os indivíduos, o que corrobora a afirmação da existência de um capital cívico, como estoque de crenças e valores que estimulam a cooperação entre pessoas. Pode-se registrar, portanto, que diminuir a impunidade, diminuir a desonestidade, não pelo fato da sanção (custo/benefício), mas pela sensação de confiança, de cooperação, aumento da

³ NICHOLS, Philip M.; ROBERTSON, Diana C.. *Thinking about Bribery*. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 2017.

⁴ REZENDE, André Lara. *Corrupção e capital cívico*. Valor Econômico. Rio de Janeiro-BR, 31/07/2015.

autoestima e pertencimento à comunidade, com o aumento do capital cívico de um país.

Por isto, surgiu a idéia de promover uma abordagem sobre a questão e oferecer uma (tentativa de) apreciação direta e tecnicamente organizada dos programas de *compliance* e o papel da advocacia de Estado⁵.

Da idéia à ação, eis que se apresenta uma reflexão sobre o caráter emergente dos programas de *compliance* a o papel da advocacia de Estado, com indicativos de que o tema tem bastante substância para determinar um protagonismo institucional para a advocacia de Estado, do discurso para a efetividade.

2. MAXIMIZAÇÃO DOS RESULTADOS ECONÔMICOS E A NECESSIDADE DE SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM CULTURA ÉTICA NAS EMPRESAS

Segundo PETER DRUCKER⁶, a expressão “negócios éticos” se transformou naquilo que ontem era reconhecido como “responsabilidade social”, devendo se considerar uma organização ética efetiva aquela que define o comportamento correto como aquele que otimiza cada parte dos benefícios e que faz relações serem harmoniosas, construtivas, em que todos se beneficiam mutuamente.

Esta situação se revela como uma tendência em razão de condutas comissivas ou omissivas específicas em que se tornaram públicas estratégias fraudulentas para ingresso, consolidação ou dominação concorrencial em mercados relevantes (Ex.: Caso Volkswagen nos EUA em 2014; Caso HSBC

⁵ Isto, por ocasião da recente (e excelente) oportunidade de desenvolver estudos sobre a questão, na condição de Doutorando, no âmbito das competências do Departamento de Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, em que o Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira, ladeado pelo Professor colaborador Dr. André Castro Carvalho, ministrou a disciplina *Corrupção na Administração Pública: Um Enfoque em Governança, Risco e Compliance* (GRC), em que foram feitas discussões do mais alto nível, com acesso a vasta, profunda e atualizada literatura, nacional e estrangeira, de caráter jurídico, econômico e empresarial, contando com a honrosa presença e participação ativa nos debates de experimentados executivos e profissionais brasileiros, ocupantes de relevantes posições decisórias em algumas das maiores empresas nacionais e importantes instituições do sistema de justiça brasileiro.

⁶ DRUCKER, Peter F.. *What is "business ethics"?*. Seattle-EUA: The Mckinsey Quarterly, 1981.

nos EUA em 2012), e do evento sistêmico no setor financeiro americano, por falta de regulação das instituições e responsabilidade dos atores envolvidos, que redundou na maior crise econômica recente da história mundial (Crise Financeira Global de 2008).

Na acepção de CHRISTOPHER HODGES ⁷, esta tendência deixa para traz os modelos de maximização dos lucros, ocupados apenas com os direcionamentos dos acionistas majoritários das empresas, em que os processos decisórios são suportados por valores egoísticos, arrogantes e gananciosos, valores estes que são instigados pelas fraquezas das escolas de formação empresarial através do foco em resultados e ignorância ética, em completo deslocamento dos valores da sociedade com a prática de algumas empresas.

Disto decorre a necessidade de criar meios de proteção das organizações, dos mercados, da concorrência, dos empregados, dos consumidores e da sociedade em geral, através de mecanismos internos e externos de regulação do comportamento empresarial, nitidamente caracterizados pela cultura do *compliance* e controle. De acordo com HODGES, o ideal é que princípios éticos devem ser elaborados, realizados e aplicados por todos os indivíduos no grupo e expressos em ações da organização e, citando Mayer, entende que uma empresa confiável combina responsabilidade com poder e nega poder sem responsabilidade, fazendo surgir a noção de moral corporativa que impregna a corporação com um grau de moralidade que excede a dos indivíduos.

Outro mecanismo eficaz é produzir declarações públicas sobre a posição oficial da organização sobre a ética aplicável em suas atividades e como é claramente relevante seguir e agir dentro de padrões éticos, podendo-se elencar princípios ou valores que devem nortear a organização: integridade,

⁷ HODGES, Christopher. *Business values: culture, commitment, trust and ethics (capítulo 21)*. In: *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Oxford-RU: Hart Publishing, 2015.

objetividade, competência, justiça, confidencialidade, profissionalismo e diligência. Ainda segundo HODGES, pesquisas sobre operadores individuais e firmas mostram que o sucesso provém do foco no cliente, envolvimento com perguntas sobre quais inovações, produtos e serviços os clientes precisam e valorizam e que a satisfação desta demanda e ganho dela decorrente justificam sua reputação por fazer desta forma.

Estes sistemas de proteção ou programas de integridade, dizem respeito à necessidade de evitar desvios de indivíduos e organizações, especialmente quanto à prática da corrupção.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA (PRIVADA E PÚBLICA) TAMBÉM COMO TENDÊNCIA

A partir da análise sobre a possibilidade de compatibilização entre lucro e ética, HODGES e STEINHOLTZ ⁸ afirmam que ganhar *dinheiro e fazer a coisa certa não são incompatíveis*, do contrário o capitalismo ocidental estará condenado. Este pensamento reconhece a necessidade de maximização dos resultados, todavia, promove a necessidade de sua compatibilização com cultura ética nas empresas.

HODGES e STEINHOLTZ destacam como exemplo, após a crise mundial de 2008, a adoção da *UK Companies Act* no Reino Unido, instrumento utilizado na tentativa de restauração da confiança dos mercados no país, considerado o centro financeiro europeu, onde os relatórios existentes enfatizavam não só a necessidade de mais regulação, mas a importância da cultura de negócios éticos. Todavia, estudos empíricos recentes, segundo HODGES e STEINHOLTZ, ainda indicam que expressivo número de executivos *seniors* de grandes empresas, em que pese reconhecerem a cultura da ética como importante para os negócios, não têm foco na cultura ética como

⁸ HODGES, C, STEINHOLTZ, Ruth. *Ethical Business Practice and Regulation: A Behavioural and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*. Oxford-UK: Hart Publishing, 2017, p. 113-132.

contribuinte do sucesso das empresas. Ou seja, segundo estes estudos uma cultura ética não é indispensável numa companhia que visa performance econômica altamente sustentável.

Por outro lado, quanto à “governança corporativa”, trazida com estudos, em diversos documentos de organismos internacionais (ex.: OCDE, G30) e em atos normativos específicos (*UK Companies Act*), inicialmente vinculada à necessidade de criação de padrões globais de estruturação empresarial para permitir sua inserção no mercado de capitais, auxiliando investidores, institucionais ou individuais, a avaliar e melhorar o enquadramento jurídico, regulamentar e institucional das empresas, passou a ser vista como instrumento de melhoria da cultura ética nas empresas. Governança corporativa também enfocada como mecanismo de garantia dos direitos dos acionistas e colaboradores, desenvolvida com base no desempenho econômico da empresa, na defesa da integridade dos mercados, na distribuição dos incentivos que cria e na promoção de mercados transparentes e funcionais.

Segundo os *Princípios* da OCDE considera-se a necessidade de *enquadramento efetivo da governança corporativa nos marcos regulatórios de cada país*. A governança corporativa deve ser apoiada pela regulamentação do mercado de ações, além de *proteger e facilitar o exercício dos direitos dos acionistas e garantir o tratamento paritário dos mesmos, incluindo os minoritários e estrangeiros, trabalhadores e demais colaboradores*.

Em outro sentido, as reflexões de SILVEIRA (2002 e 2004)⁹ indicam a necessidade de contínuo estudo (inclusive estatístico e econométrico) do relacionamento entre governança corporativa, diminuição dos custos de agência,

⁹ SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança corporativa, desempenho e valor da empresa no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração), 2002. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002102056/pt-br.php> . p. 49-64, acesso em 20/03/2018.

Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil. Tese (Doutorado em Administração), 2004. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-23012005200501/pt-br.php> . p. 31-83, acesso em 20/03/2018.

maximização dos resultados de interesse dos acionistas, preço das ações e desempenho econômico das empresas.

SILVEIRA também se ocupa do problema de agência, que surge, como o desvirtuamento da ação do executivo em detrimento das orientações do acionista, pois aquele passa a agir de acordo com seu interesse pessoal, a partir da separação entre propriedade e controle da empresa, elencando o *contrato de agência* e o *contrato de dívida* como formas de minimizar os “custos de agência” (2002). Analisando os dados de empresas brasileiras, tem-se como variável significativa nos estudos de SILVEIRA (2002) a distinção do diretor executivo e do presidente do Conselho de Administração, como o melhor resultado para os preços das ações. A variação entre tamanho dos Conselhos de Administração e desempenho econômico da empresa também foi significativa, devendo ser levada em conta um tamanho intermediário do órgão colegiado. Foi significativa também, de acordo com estes estudos, a variável de independência do Conselho de Administração como significativa para o desempenho da empresa. De acordo com SILVEIRA, não houve grandes variações em relação a desempenho da empresa e governança corporativa (2002).

As análises de SILVEIRA, em relação às empresas brasileiras, se complementam com o trabalho de 2004, no sentido de que a posse do direito de voto concentrada em mãos de poucos acionistas tende a trazer menor governança corporativa, enquanto que empresas maiores apresentam melhor governança corporativa. Por outro lado, pelos seus estudos econométricos, não houve implicação direta entre governança corporativa e desempenho empresarial, podendo-se afirmar que o aumento dos investimentos variam em razão da análise de viabilidade econômica dos empreendimentos e do grau de confiança nos mercados, sem comprovação empírica que vinculem governança corporativa com desempenho corporativo.

No âmbito da governança corporativa pública, tem-se também a necessidade de promover a verificação da sua aplicabilidade na administração

pública. De logo, entende-se como plenamente aplicável, justamente porque permite seja utilizada como ferramenta para desenvolver a integração e a efetivação das funções estatais, apoiada em novas leituras dos princípios constitucionais, assim como também, a partir de ferramental de outras ciências, tais como a administração, economia, contabilidade (gerencial) e psicologia, amparados pelo fenômeno da globalização.

Neste caso, no âmbito público, o problema de agência, pode ser visto como o desvirtuamento dos agentes políticos e servidores públicos em detrimento das orientações do serviço e das normas jurídicas vigentes, tal como restou demonstrado num dos maiores e mais complexos exemplos brasileiros e mundiais de combate à corrupção, que ficou conhecido como a Operação Lavajato.

No presente estágio do “processo civilizatório brasileiro”, por oportuno e relevante, a atuação no âmbito jurisdicional sobre o enfretamento da corrupção está provocando mudanças muito intensas, tal como se observa nos seguintes *leading cases*: AP-STF nº470 (Caso do “Mensalão”); “Operação Lava Jato” (Atuação de Forças Tarefas do MPF e PF para investigação de fatos e processamento de ações penais e medidas cautelares perante o STF e Justiça Federal do Paraná no caso do “Petrolão”); INQs-STF nº 3980, 4325, 4326, 4327 (apuram formação e atuação de organizações criminosas no caso do “Petrolão” a partir de partidos políticos); ADI-STF nº5526 (discute a necessidade de submeter ao Congresso Nacional, em 24 horas, sanções como prisão preventiva e medidas cautelares, quando aplicadas contra parlamentares); INQs-STF nºs 4430 e 4437 (apuram o pagamento de vantagens para aprovação de Medidas Provisórias e tratam da atuação de parlamentares no processo legislativo).

As noções de governança corporativa, bastante avançadas em termos de mecanismos para desenvolvimento e proteção dos mercados de capitais e de seus investidores, parecem indicar um caminho, ainda que tímido e inicial, para a introdução de mecanismos de combate a corrupção e fraudes corporativas,

junto com programas de integridade, cujo objetivo, genericamente, é *promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas a sua prevenção, detecção, punição e remediação*, visto que a maioria dos estudos sobre governança corporativa não possuem escopo de anticorrupção. Apesar disto, no Brasil atos normativos infra legais começam a mencionar a necessidade de programas de integridade anticorrupção, como o Decreto Federal n.9.203, de 22.11.2017.

A face anticorrupção da governança corporativa já consta na agenda, mas parece que ainda não está no topo das prioridades dos executivos e dos atuais agentes políticos, devendo haver maior esforço, normativo e regulatório estatais, para emplacar de vez a feição da cultura ética nos negócios, garantindo a existência de valores credíveis, consistentes e éticos, funcionalizando os mercados de acordo com esta ótica, na medida em que universalizem comportamentos, ações e tratamentos equânimes para acionistas, investidores, colaboradores, empregados, consumidores, administrações públicas, servidores, agentes políticos e a sociedade em geral, todos como parte essencial do processo produtivo capitalista e do “processo civilizatório brasileiro”, atuais.

4. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

O termo *compliance* deriva do termo da língua inglesa "*comply*", e tem como conteúdo genérico a expressão *agir em conformidade*¹⁰. De acordo com o contexto em que se analisa a prática da conduta, a expressão *agir em conformidade* pode se dar em relação a normas morais ou jurídicas. A expressão *agir em conformidade* está relacionada com as convenções sociais, costumes e normas jurídicas reguladoras de condutas humanas, que muitas vezes vêm relacionadas em códigos de conduta (implícitos ou explícitos, escritos ou não).

¹⁰ Adotaremos a expressão “integridade” em compasso com nosso vernáculo.

Considerando o caráter institucional, compreende um *conjunto pré-fixado de comportamentos internos para fazer observar e cumprir as normas morais ou jurídicas*. Este *conjunto pré-fixado de comportamentos internos* constitui um *Programa de compliance como forma de prevenir, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer* no exercício da atividade da entidade (pública ou privada).

Diante de tantos escândalos de corrupção (nacionais e estrangeiros), conforme aqui já mencionado, os programas de *compliance* adquiriram uma posição estratégica nas organizações.

A fonte destas rotinas de *compliance* está fincada no século XX, proveniente de diversos instrumentos normativos em diversos países ou da comunidade internacional, devendo ser citados os seguintes:

- a) *FCPA - Foreign Corrupt Practices Act (1977)* - Lei Estadunidense Anti-Corrupção, que cria sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional;
- b) *Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996)* da Organização dos Estados Americanos (OEA) (incorporada no Brasil pelo Decreto 4.410/2002)
- c) *Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1995)* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (incorporada no Brasil pelo Decreto nº 3.678/2000);
- d) *USA Patriot Act (2001)* - Lei Estadunidense Anti-Terrorismo, que autoriza adoção de medidas de quebra de sigilos telemáticos;
- e) Lei Federal 10.467/2002 – Lei Brasileira que cria crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), e o conceito legal de funcionário público estrangeiro (art. 337-D);

f) *UK Bribery Act* (2011) – Lei britânica de combate e prevenção à corrupção;

Os programas de *compliance* vêm sendo considerados os instrumentos mais importantes para *prevenir, detectar e tratar desvios éticos ou jurídicos*, repousando suas bases motivacionais fundantes especialmente na necessidade de auto regulação das instituições, tendo como objeto a definição normativa transparente e prévia sobre comportamentos institucionais internos permitidos, tolerados e vedados, no sentido de prevenir a prática do desvio de conduta (preventiva), facilitar a apuração da responsabilidade subjetiva (repressiva).

Quanto à evolução do *compliance* no Brasil, tem-se que destacar, historicamente, os seguintes atos normativos:

- a) Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº8.429/92), que previu com sanções civis e administrativas dirigidas ao gestor público quanto a atos de improbidade;
- b) Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº9.613/1998 alterada pela Lei nº12.683/2013), que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na própria lei;
- c) Lei da *Ficha Fimpa* (Lei Complementar nº 135/10), que amplia os casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato;
- d) Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, prevê a possibilidade do CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de

1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

- e) Lei nº 12.846/2013, que criou a Lei Anticorrupção Brasileira que regula a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira;
- f) A Lei nº 13.303/2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei das Estatais), a par da iniciativa de regulamentar o §1º ao art. 173 da constituição Federal, reforçou e conferiu novos conteúdos de controle das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior;

Por sua vez, o Decreto Federal n.8.420/2015, voltado para regulamentar a Lei Anti-corrupção (Lei nº 12.846/2013), possui aspectos procedimentais, processuais e materiais para aplicação das sanções, de prevenção e de remediação dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira que atentem contra o patrimônio público.

A prevenção, de acordo com o Decreto Federal n.8.420/2015, se dá pela previsão da existência prévia dos *Programas de Integridade, consistente, 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, no âmbito de uma pessoa jurídica, com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública* ¹¹.

¹¹ Retomando alguns aspectos que trouxeram dúvidas no Decreto Federal n.8.420/2015, considera-se a possibilidade de aplicação cumulativa das sanções dos art. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, prevista no art. 40, IV do

Novamente, os parâmetros traçados pelo Decreto Federal n.8.420/2015, são aqueles que, posteriormente foram trazidos para as Leis do DF (6.112, de 02/02/2018) e do RJ (7.753, de 17/10/2017)¹², tais como, em síntese: *comprometimento da alta direção da pessoa jurídica; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a toda a organização e estendidos a terceiros; treinamentos periódicos; análise periódica de riscos e monitoramento constante do Programa de Integridade; integridade contábil e controles internos; procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos em processos licitatórios e na execução de contratos administrativos; independência, estrutura e autoridade do centro responsável pela aplicação do Programa de Integridade; Ouvidoria fortalecida; ações de repressão e incentivos; procedimentos de atuação para prevenir, interromper e remediar irregularidades; levantamento de informações e supervisão de terceiros; integridade nos processos de M&A.*

5. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SUA EFETIVIDADE

Em relação à efetividade dos programas de *compliance*, considera-se que há uma preocupação com sua melhoria, podendo ser fixados os seguintes planos:

- I- Plano da existência (implantação - muitos desafios corporativos, entendimento dos valores e da cultura local, regional e global, alocação de recursos e treinamento de pessoal);

regulamento, sem correspondência com o quanto previsto nos arts. 6º e 15 da Lei no12.846/2013, visto que o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR volta-se para a aplicação de sanções administrativas específicas da lei. Tem-se também que verificar a regularidade jurídica (legalidade) da previsão do seu art. 37, III, que confere a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo de leniência.

¹² Tem-se que destacar a inovação e a originalidade trazidas com as Leis do DF (6.112, de 02/02/2018) e do RJ (7.753, de 17/10/2017), que passaram a exigir a existência de programas de *compliance* (ou integridade) nas empresas que contratam com o poder público estadual, mas a análise dos aspectos mais relevantes aqui ficaria prejudicada, pelo que será deixada para próximas incursões no tema.

II- Plano da validade (regulação – concepção, e reconhecimento pelos destinatários, de mecanismos normativos de prevenção, detecção, correção e sanção de atos impróprios);

III- Plano da eficácia (resultados – concepção, e reconhecimento pelos destinatários, de mecanismos operacionais de prevenção, detecção, correção e sanção de atos impróprios);

IV- Plano da efetividade (mudança de cultura – introdução, consolidação e garantia de mudanças de comportamento corporativo para realização de negócios éticos).

HUI CHEN, técnica do *U.S. Department of Justice* em 2015, escreveu um artigo com EUGENE SOLTES, relatando a experiência da avaliação da efetividade dos programas de *compliance*¹³, a partir da verificação de que as firmas tinham sistemas normativos internos sobre políticas e procedimentos e que contavam com muitos controles dos sistemas, especialmente financeiros, mas não haviam evidências de que as empresas haviam testado estas políticas e nem quantas violações haviam experimentado.

HUI CHEN criou uma lista de questionamentos para avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, podendo ser resumidos nos seguintes assuntos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros¹⁴.

¹³ SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. *Why compliance programs fail – and how to fix them*. Harvard Business Review, march/april 2018.

¹⁴ A partir dos assuntos, são estes os questionamentos de HUI CHEN: *ALTA CÚPULA E NÍVEL GERENCIAL: No último ano e meio de gestão como os líderes seniores, através de suas palavras e ações, tem encorajado ou desencorajado tipos de más condutas? Que tipos de informações tem o Conselho de Administração e Gerência Sênior examinado em seu exercício de supervisão? AUTONOMIA E RECURSOS: Qual tem sido a taxa de rotatividade do pessoal relevante de conformidade e controle? Tem havido específicas transações ou negócios que estavam parados, modificados ou mais estreitamente examinados como resultado de preocupações de conformidade? TREINAMENTO E COMUNICAÇÕES: Como a empresa avalia se seus funcionários sabem quando procurar conselho e se eles estariam dispostos a fazê-lo? Como a empresa mediu a eficácia da formação dos empregados? RELATÓRIOS CONFIDENCIAIS E INVESTIGAÇÃO: Como a empresa recolheu, analisou e utilizou informações de seus mecanismos de geração de relatórios? Até onde vão as conclusões*

Anda sobre a questão da efetividade dos programas de *compliance*, percebe-se que as definições de efetividade para avaliação dos Programas de Compliance do *U.S. Department of Justice* influenciaram fortemente as normas que tratam do tema, passando a ser discutidos, implementados, avaliados e monitorados, a partir dos seguintes aspectos: *alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros.*

Estes aspectos norteiam as constatações de SCHRAMM¹⁵, as orientações contidas nas diretrizes definidas pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União no Brasil (2015 e 2017) e ainda as diretrizes da ABNT (2016 e 2018).

Por sua vez, o *Evaluation of Corporate Compliance Programs*¹⁶ já se constitui em atualização do estudo elaborado por HUI CHEN (Seu programa de Compliance é eficaz?- DOJ – 2015¹⁷), na medida em que define os “*filip factors*”, voltados para verificar a efetividade de um programa de compliance pré-existente e os esforços de remediação de atos equivocados.

No Brasil, a Portaria nº 426/2016, que *dispõe sobre a instituição da Política de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão do*

investigativas? INCENTIVOS E MEDIDAS DISCIPLINARES: Quais os registros da empresa (por exemplo: número e tipos de ações disciplinares) relacionados com estes tipos de conduta? As ações disciplinares e incentivos foram suficiente bastante e consistentemente aplicados em toda a organização? MELHORIA CONTÍNUA, TESTES PERIÓDICOS E AVALIAÇÃO: A empresa tem programa de conformidade revisados e auditados, incluindo testes de controles relevantes, coleta e análise de dados de conformidade e entrevistas de funcionários e terceiros? Que tipos de auditoria relevantes, conclusões e remediações em progresso foram relatados para a gestão de forma regular? GERENCIAMENTO DE TERCEIROS: Como a empresa tem monitorado questão com terceiros? Como a empresa tem incentivado conformidade e comportamento ético por parte de terceiros?

¹⁵ SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Florianópolis: Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2018.

¹⁶ EUA. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Department of Justice. Criminal Division Fraud Section.

¹⁷ *Ib idem*.

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (DOU de 03/01/2017, nº 2, Seção 1, pág. 105), reflete sua influência na elaboração do *Manual de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão* (2017), trazendo definições importantes para guiar a implantação de Programas de Integridade em órgãos públicos.

Chamam a atenção as contribuições do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que no *Programa de Integridade - Diretrizes para Empresas Privadas* (2015) efetivou sugestão para que os programas sejam repousados em cinco pilares: *Comprometimento e apoio da alta direção; Instância responsável pelo Programa de Integridade; Análise de perfil e riscos; Estruturação das regras e instrumentos; Estratégias de monitoramento contínuo*. No *Manual para Implementação de Programas de Integridade* (2017) do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, tem-se a preocupação de promover uma cultura de integridade no serviço público, onde também se evidenciam quatro eixos de atuação: *comprometimento e apoio da alta direção; instância responsável; análise de riscos; monitoramento contínuo*.

6. TRATAMENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL ATUAL DA ADVOCACIA DE ESTADO

Como já se disse¹⁸, a partir da definição dos elementos conformadores do Estado Democrático de Direito, faz-se mister considerar que o Texto Magno dispensou tratamento constitucional extremamente relevante para a Advocacia Pública, constituindo-se em inovadora disciplina normativa que, apesar de ainda carecer de aperfeiçoamento, é, inquestionavelmente, fruto do avanço

¹⁸ GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Qual autonomia para as Procuradorias-Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional*. In: Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 13, n. 146, abr. 2013.

institucional experimentado com a nova ordem jurídica inaugurada no Brasil a partir de 1988¹⁹.

Inicialmente, para efeito de distinção dos perfis do tratamento constitucional da Advocacia, é oportuno trazer aqui a classificação do inesquecível DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁰, no sentido de que os ministérios advocatícios se dividem em (1) *advocacia privada, como sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) a advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdividida em três manifestações específicas.*

¹⁹ Texto originalmente promulgado:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135.

Este é o texto constitucional em vigência atualmente:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²⁰ A Responsabilidade do Advogado de Estado, Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Consulta em <http://abrapp.org.br/2011/images/stories/doc/res.pdf> - 31-01-2012.

As três espécies funcionais de Advocacia Pública, criadas todas pela Carta Política, segundo o saudoso professor de direito administrativo, *caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como as suas respectivas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: **primo**, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão empregada agora em seu sentido estrito; **secundo**, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, e, **tertio**, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo a assim denominada Defensoria Pública.*

7. O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Tratando especificamente da *Advocacia de Estado*, na acepção de MOREIRA NETO, diversos são os papéis a serem desempenhados pelo Advogado Público que exerce as funções de *representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*, considerando os princípios que norteiam a atuação funcional e profissional dos Procuradores do Estado, que representam imperativos orientadores no cumprimento das Constituições Federal e Estadual, das respectivas Leis Orgânicas das Procuradorias Gerais do Estado e respeito às demais leis, com o objetivo de preservar e ampliar a credibilidade e respeitabilidade conquistadas pelas instituições.

Neste sentido, os papéis a serem desempenhados pelo Advogado de Estado podem ser definidos a partir de critérios internos e externos. São critérios internos aqueles vinculados à implantação dos programas de *compliance* em suas próprias unidades. São critérios externos aqueles relacionados ao fomento, apoio e suporte às de implantação dos programas de *compliance* nas demais unidades da administração pública correspondente.

7.1. O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NO ÂMBITO INTERNO

Sobre a implantação dos programas de *compliance* em suas próprias unidades, tais atividades visam assegurar aos Procuradores do Estado a preservação de sua imagem e reputação, estimular condutas profissionais irrepreensíveis, sob o ponto de vista da honradez, honestidade, transparência, retidão e boa-fé, atributos ínsitos ao cargo de Advogado do Estado, mais do que simplesmente (o que não é pouco!) implantar padrões éticos de conduta através de um Código de Ética Profissional dos Procuradores do Estado, assim como também princípios de lisura e probidade; decoro inerente ao exercício da função pública; reputação pessoal e profissional ilibadas; e, redução de litigiosidade, sempre que possível, devem se voltar também para a execução de um verdadeiro programa de *compliance* que verse sobre os seguintes pontos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros.

Neste particular, a maioria das procuraturas estaduais ainda vive uma espécie de “cegueira deliberada”, sem Código Interno de Conduta, sem disciplina sobre exercício da advocacia privada ou conflito de interesses, sem acompanhamento sobre o exercício efetivo da dedicação exclusiva, sem discutir a questão da carga de trabalho da dedicação exclusiva e diferença remuneratória,

como se estas questões pudessem ser resolvidas e enfrentadas de forma subliminar ou sub-reptícia.

As Procuradorias Estaduais precisam fazer os seus “deveres de casa”, passando a tratar o tema do *compliance* interno com transparência e objetividade.

Sobre a implantação dos Programas de *Compliance*, é possível a existência dos sistemas de integridade nas Procuradorias Gerais dos Estados, como *Códigos de Conduta*, cumprindo, basicamente duas funções: a) descrever o regramento das situações de riscos que podem ocorrer na instituição; b) informar a todas as pessoas as condutas obrigatórias, preferenciais e facultadas em face do programa.

É importante observar que há um debate sobre a legitimidade destes códigos e a sua incorporação pelo ordenamento jurídico, havendo dois modelos recorrentes: a) o primeiro, consiste na participação, no processo de elaboração, dos grupos interessados e destinatários das normas de autoregulação, concebendo-se maior legitimidade democrática; b) o segundo modelo, diz respeito a um direcionamento pela administração pública, em determinados momentos da elaboração das normas, podendo estabelecer as diretrizes previamente ou, posteriormente, comprovando o grau de qualidade da autoregulação.

Aliás, o tema da *autoregulação* vem ganhando relevância, ao passo que ordenamentos jurídicos passam a tratar com mais atenção a estruturação interna das organizações, em busca de uma responsabilização/sancionamento cada vez mais efetiva, atentando para a individualização das condutas e consequentes sanções.

Deste modo, os programas de *compliance* têm as seguintes finalidades: 1) prevenção da prática do desvio de conduta (preventiva); 2) facilitação da apuração da autoria delitiva no âmbito administrativo, com a individualização de desvios de condutas nas instituições (repressiva).

Os programas de *compliance* passam a cumprir função estratégica de vigilância no âmbito da instituição, como uma dinâmica característica da “sociedade de risco”, com a transferência de parte da responsabilidade pela fiscalização e controle de eventuais desvios na condução de suas atividades próprias empresas ou a terceiros.

Em relação aos treinamentos internos para o *compliance* nas Procuradorias Estaduais, pode-se trazer a análise de ANDRÉ CASTRO CARVALHO²¹, que enfoca a importância dos treinamentos corporativos, para que os colaboradores possam ter condições efetivas de *ler, assimilar e aplicar o conteúdo descrito no programa de integridade*. Primeiramente, o treinamento deve ser visto como *estratégia de longo prazo de uma empresa para a criação, consolidação, adaptação ou mudança de uma cultura de compliance*. Para o autor, o treinamento corporativo em *compliance não se confunde com uma aula, tampouco com palestra, seminário ou workshop*, mais se aproximando de capacitação para o *compliance*, para quem o treinamento tem como objetivos certificar ciência ao programa; isentar responsabilidades; proteger a empresa de risco reputacional; e, mitigar riscos de violação. O autor sugere várias técnicas para desenvolver os treinamentos, tais como a *hierarquia das necessidades de Maslow*, a “*Caixa de Betari*”, “*Keep It Simple And Short*”, “*Show, Don’t Tell*”, “*Tell, Explain, Describe*”. Quanto às qualidades do *Treinador Corporativo*, elenca as técnicas de 6 C’s (confiança, controle, consideração, comunicação, conexão, compromisso). Elenca também *Técnicas para Escutar a audiência; Modelo de Comunicação 5Ps (Pause, Pose, Propose, Postpone, Park); Tipos Adequados de Perguntas; modos de treinamentos corporativos (modo hierárquico, modo cooperativo e modo autônomo); Técnicas para preparação e desenvolvimento da sessão; Técnicas para lidar com perfis difíceis; e, Metodologia de Avaliação dos Treinamentos*.

²¹ CARVALHO, André Castro, Treinamentos Corporativos. Texto não publicado.

Outro aspecto relevante dos programas de Integridade nas instituições públicas é a atuação do *Compliance Officer* na sua estrutura de funcionamento. Esta importância se dá tanto em relação ao aprimoramento das atividades de prevenção, detecção e remediação de condutas equivocadas, quanto em relação aos riscos de reputação e à responsabilização da entidade ou do próprio *Compliance Officer* pela ausência de atuação conforme as regras do *compliance*, muitas vezes em “cegueira deliberada”.

Deve-se citar também a questão do *whistleblowing*, em que determinados órgãos passam a ter muito mais do que simples *Ouvidorias*, mas conter verdadeiros *canais de denúncia*. CARVALHO e ALVIM²², justificando o estrangeirismo em razão da práxis corporativa que normalmente não traduz literalmente os termos utilizados, empregam as expressões *whistleblowing* e *whistlsblower* como *delação* e *delator*, considerando como reflexo do exercício do direito de liberdade de expressão, a possibilidade de relatar qualquer ilícito em razão dos princípios da integridade e da transparência. A seguir, enfocam as características do denunciante, considerando que os acionistas são aqueles que estão mais propensos a denunciar, podendo ser incluídos os auditores externos que, apesar de menos propensos, passam a ser mais visíveis para as autoridades regulatórias em face da legislação contábil mais recente. Quanto aos motivos que levam a pessoa a ser denunciante, destacando aspectos culturais, elencam fatores psicológicos, éticos, estruturais e até elementos de retaliação ou tipos de ilícitos, como elementos que determinam a adoção do canal de denúncias. Após, consideram que os princípios norteadores do exercício do direito de relatar qualquer ilícito são os da integridade e da transparência.

Em estudo mais recente, e aparentemente em caráter evolutivo do trabalho anterior, CARVALHO e ALVIM²³ promovem o conceito de denúncia

²² CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *Linha ética: denúncia, denunciante e canal de denúncias* – Trabalho não publicado.

²³ CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *WHISTLEBLOWING NO AMBIENTE CORPORATIVO – STANDARDS INTERNACIONAIS PARA SUA APLICAÇÃO NO BRASIL*. In: *Compliance, gestão de riscos e*

e de canais de denúncia, fazendo uma abordagem ampla, a partir de aspectos jurídicos, de gestão, contábeis, de auditoria e práticos. Assim, a partir do conceito da Transparência Internacional, para quem a *denúncia é o relato interno das condutas observadas*, asseveram que *a denúncia é o relato voluntário de uma transgressão a um ente externo*. Para diferenciar de outros contextos, empregam a expressão *whistleblower* como denunciante de boa-fé. Para os autores, a denúncia deve possuir quatro elementos: (1) a denúncia deve ser expressão de “algo”, como ação ou inação inapropriada (passada, presente ou futura); (2) a denúncia deve ser de boa-fé (não há participação do denunciante no ato) e razoável (credível, lógica); (3) é necessário fazer a distinção entre reportante e aquele que leva a informação; (4) é preciso que haja capacidade do reportado de tratar a informação. Os autores também aludem ao que pode ser considerado como denúncia razoável, aquela que contém respostas sobre: o que(?); quem (?); por que(?); onde (?); quando; como(?); e, quanto(?). Fazem menção ao *tipping off* como a quebra do sigilo quanto à denúncia.

Da mesma forma é preciso tratar o *tipping off* também como a quebra do sigilo quanto à denúncia. DENNIS COX define o *tipping off* como *a ciência ou suspeita de que uma divulgação foi feita e é feita uma divulgação susceptível de prejudicar qualquer investigação que possa ser conduzida na sequência da divulgação acima referida* ²⁴.

Também a questão do monitoramento interno das atividades das Procuradorias e de seus membros, para garantir reabilitação e evitar reincidências, deve passar por mudança na abordagem da regulação do *compliance*, analisando o entendimento atual do ambiente regulatório, o entendimento do ambiente interno das instituições, a necessidade de fixação dos objetivos do *compliance* para as altas cúpulas, operações de *compliance* e o

combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Org.: PAULA, Maro Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. Belo Horizonte-MG: Editora Fórum, 2018.

²⁴ COX, Dennis. *Handbook of Anti Money Laundering*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Ltd, 2014., The Us Regulatory Framework, chapter 23.

mapeamento do futuro das instituições através do *compliance*, para recomendar a existência de orçamento próprio, linhas éticas (canais de denúncia), entre outras medidas que possam implantar, consolidar, ampliar e fortalecer este irreversível fenômeno.

7.2. O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NO ÂMBITO EXTERNO

Sobre as atividades de fomento, apoio e suporte pelas Procuradorias Estaduais à implantação dos programas de *compliance* nas demais unidades da administração pública correspondente, tais atuações visam assegurar que os programas alcancem efetividade e resultados, para além do mero discurso da probidade e do controle de eficiência das políticas públicas, da atuação (retórica pura e dogmática exacerbada) em prol da legalidade e moralidade dos gastos públicos, da atuação (circunspecta) na elaboração de projetos de lei do Estado, da (recalcitrante) defesa do Estado nas ações judiciais, da (insatisfatória) recuperação dos prejuízos causados ao patrimônio público e da cobrança de tributos, os Procuradores do Estado, ao chamarem para si a competência e responsabilidade pela efetiva implantação dos programas de integridade nas demais unidades da administração pública, adotam postura pró-ativa, atual, inédita e de bom senso, para conceber e acompanhar a sua implantação.

Confira-se, a propósito, a atuação da ANAPE, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5.466/DF, relacionada à Medida Provisória 703/2015, cuja pretensão era alterar a Lei nº12.846/2013, que, apesar de ter perdido eficácia, representa excelente oportunidade verificar o papel da Advocacia de Estado, pela impossibilidade de se prescindir da atuação da Advocacia Pública, *in casu* estadual, nos denominados acordos de leniência, não sendo meramente participação “facultativa”. Isto se mostra incompatível com a sistemática jurídica especificada pela Constituição da República, porque não pode ser dado, mormente aos Estados e ao Distrito Federal, celebrar acordo de leniência com as

peças jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos naquele diploma legal, sem a participação obrigatória dos Procuradores do Estado, uma vez que reservada constitucionalmente a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Ademais, sob a ótica prospectiva, o que dizer dos acordos de leniência celebrados sem a participação dos Procuradores do Estado, quando houver a necessidade de implementação dos seus efeitos jurídicos no âmbito administrativo interno e no campo judicial propriamente dito(?).

Vale destacar ainda que, diante da nova estrutura jurídica das empresas estatais no Brasil (Lei 13.303/2016, que *dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*), amplamente, circulam temas como: o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação da Lei de Licitações às empresas estatais; os novos regimes licitatórios para obras e serviços nas empresas públicas ou sociedades de economia mista; os rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista; e, conceitos, exemplos e situações de conflito de agência.

Tais temas também dizem respeito diretamente às Procuradorias Estaduais, por força da crescente competência que vêm adquirindo, em relação à extensão da representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas, órgão diretamente subordinado ao Governador ²⁵, tanto no exercício da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico pela Procuradoria

²⁵ V.g., EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22/2015, à Constituição do Estado da Bahia, que modifica o regime de concessão da vantagem pessoal em razão do exercício de cargo de provimento temporário e revoga o art. 39, o inciso XXVIII do art. 41 e o § 2º do art. 140, todos da Constituição Estadual, e dá outras providências.

Geral do Estado, quanto no próprio exercício da representação judicial e extrajudicial.

No Brasil, o *Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais – Orientações para Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais* (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, 2015), trazendo definições importantes para guiar a implantação de Programas de Integridade nas empresas estatais, influenciou muito a elaboração de outros *Manuais de Gestão de Integridade*, apesar de ainda em certo descompasso com a Lei 13.303/2016, bem como em relação a sua respectiva regulamentação (Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016).

Sobre os rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista, convém registrar que mesmo antes da Lei 13.303/2016, de sua respectiva regulamentação (Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016), e do vigente Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras (RLCP), a Petrobrás passou a aplicar sanções mais severas através de sua *Comissão para Análise de Aplicação de Sanções e Elogios* (CAASE), quando, paralelamente, a sociedade brasileira começa a receber as informações sobre condutas ilícitas praticadas na companhia através da Operação Lava Jato.

No plano federal, há relatos de alegação de nulidade de processo administrativo por violação do direito líquido e certo, obtidos em manifestação jurídica de empresa ²⁶, pela impossibilidade do exercício de direito de defesa ante a genérica e imprecisa imputação veiculada em Ofício, também pela nulidade da notificação de empresa para apresentar defesa sem a antecedente produção de elementos de prova por parte da empresa estatal contratante. No mérito, alegou-se a inocorrência de cartel nas contratações da empresa estatal

²⁶ UTC ENGENHARIA S/A, pessoa jurídica de direito privado, em relação ao Ofício DETM 0743/2014 perante a Comissão para Análise de Aplicação de Sanção – CAASE/Petrobrás.

contratante, a sua responsabilidade pelos atos investigados, com requerimento de suspensão dos efeitos das medidas acauteladoras impostas, por força da nulidade das medidas acauteladoras, pela ausência de autorização legal para a medida cautelar de “bloqueio da empresa”, o perigo reverso da cautelar ²⁷. Quanto ao conflito de agência, segundo CARVALHO e VENTURIN ²⁸, o maior desafio do novo marco legal das empresas estatais, é regular a governança corporativa e harmonizá-la com os mais diversos tipos de controles exercidos sobre as estatais observância e ponderação dos interesses legítimos envolvidos (Poder Público, cidadãos e acionistas). De acordo com os autores, o conflito de agência ganha novos contornos, a partir da Lei 13.303/2016, de sua respectiva regulamentação, justo porque os aprimoramentos trazidos com o novel diploma legal, cuidam de robustecer a governança corporativa e definir o seu âmbito de discricionariedade gerencial. Não se pode duvidar do papel quando do exercício da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico pela Procuradoria Geral do Estado.

Também tem sido recorrente (e recente) o debate jurídico sobre o alcance, existência e validade dos Acordos de Leniência pelo Ministério Público Federal²⁹. Para SEBASTIÃO TOJAL e IGOR TAMASAUSKAS³⁰, os Acordos

²⁷ A medida cautelar de “bloqueio da empresa” não se encontra mais prevista na legislação que rege a matéria, em face de sua duvidosa legalidade, na medida em que aplicam-se às empresas estatais as sanções estabelecidas na Lei nº 12.846, de 2013, exceto aquelas previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei (Art. 61 do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016), ou seja, em razão da prática de atos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (...) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (II); dissolução compulsória da pessoa jurídica (III); proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (IV)(Art. 19).

²⁸ CARVALHO, André Castro; VENTURIN Otavio. *Governança corporativa e controle do “Sistema U” sobre a gestão das estatais*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/governanca-corporativa-e-controle-do-sistema-u-sobre-gestao-das-estatais-02022018>, acesso em 04-06-2018.

²⁹ STF - Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.435. Distrito Federal. 2018, TRF 4ª Região - Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 2017, Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná - 13ª Vara Federal de Curitiba, Petição nº 5054741-77.2015.4.04.7000/PR (limites dos órgãos de controle quanto aos acordos de leniência, celebrados pelo MPF e CGU)

³⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’anna. *A leniência anticorrupção: Primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para instituto*. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo

de Leniência são considerados novos instrumentos do direito administrativo sancionador, como evolução de uma atuação administrativa participativa, respaldada na consensualidade, entendida esta como *participação ativa dos particulares na Administração Pública*.

Quando do exercício das respectivas competências para celebrar os Acordos de Leniência pelos órgãos de controle e *accountability*, já se percebe que, a partir dos Acordos de Leniência já firmados no Brasil, como a legislação que trata da matéria (Lei 12.846/2013) ainda é recente, em *ambiente institucional multiagência*, de competências superpostas (CGU, TCU, AGU, MPF, CADE) estão ficando comprometidas as regras e princípios vinculados à segurança jurídica, boa fé e confiança legítima na celebração de Acordos de Leniência.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA³¹, tratando dos problemas da “multiagência” no Brasil, sugere alteração na lei anticorrupção, para introduzir um comitê administrativo envolvendo todos os órgãos de controle e *accountability*, como foro de celebração do Acordo de Leniência, além de sugerir, em casos extremos e específicos, a adoção de medida judicial para obrigar todos os órgãos de controle a sentarem na mesa para assinatura do Acordo de leniência.

Na mesma linha, mas em caráter mais específico, RAFAEL SCHWIND³², em relação à possibilidade de celebração de acordos, transação e conciliação nas ações de improbidade administrativa, quanto a alguns preceitos da lei de Improbidade (v.g.: art. 17, §1º da Lei 8.429/92), defende a necessidade de atualização da interpretação e compatibilização com concepções mais

Cruz Bottini. (Org.). Colaboração Premiada. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 237-254.

³¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira*. Migalhas. ISSN 1983-392X, <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na,> 29 de maio de 2017, acesso em 10 de junho de 2018.

³² SCHWIND, Rafael Wallbach. *Possibilidade de celebração de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade*. Revista Síntese Direito Administrativo: São Paulo-SP. n. 141, Ano XII, 2017.

recentes e adequação às alterações do ordenamento jurídico, considerando inaplicáveis, *in absoluto*, a indisponibilidade do interesse público e a concepção da punição como tratamento adequado.

Em caráter complementar, no contexto histórico de 2017, CAIO FARAH RODRIGUEZ ³³ traz a questão sobre o choque de legalidade proporcionado ao Brasil com a Operação Lava Jato, chamando a atenção para a importância dos Acordos de Leniência e Delações Premiadas como novas ferramentas para enfrentar a existente corrupção estrutural (modeladora das relações entre Estado e empresas), chamando atenção para o paradigma da Suprema Corte dos EUA (*Brown versus. Board of Education*, 1954), em que se incentivou e determinou a implementação da prática judicial em Cortes Inferiores da chamada “*execução complexa*”, para além da aplicação típica da lei, como direito de desagregar e desestabilizar relações e costumes arraigados, com aplicação em escolas, prisões e hospitais.

Em contraposição, tratando a corrupção, não só como um problema individual, mas como problema de ação coletiva, CARSON e PRADO ³⁴ elencam o sistema brasileiro de “multiagência” como exemplo para ajudar nas respostas para as reformas da política anticorrupção, reportando-se à multiplicidade institucional pró-ativa e reativa.

Assim, resta claro que a participação externa ativa e direcionada das *procuraturas estaduais* à implementação e efetivação dos programas de *compliance* é necessária e indispensável, em relação à representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas, além da vinculação técnica das empresas estatais correspondentes, o que não implica em defesa de interesse próprio ou

³³ RODRIGUEZ, Caio Farah. *Lava Jato e o choque de legalidade no país*. Folha de São Paulo: São Paulo-SP. 02 de julho de 2017.

³⁴ CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. The Quarterly Review of Economics and Finance. Publisher: Elsevier, 2016, <http://dx.doi.org/10.1016/j.qref.2016.07.009>, acesso em 10/06/2018.

corporativo, mas sim do interesse público, para reforço e o aprimoramento das atividades das Procuradorias Estaduais.

8. CONCLUSÕES

Como conclusões, entendendo-se cabíveis duas espécies de encaminhamentos, pode-se registrar e afirmar o seguinte:

1. Sobre a implantação dos programas de *compliance* em suas próprias unidades:

1.1. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem versar sobre os seguintes pontos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros;

1.2. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem ser acompanhados de Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado, podendo ser introduzidos por via infralegal, mas com previsão legal expressa da competência interna para sua incursão no mundo jurídico;

1.3. Os programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem visar a prevenção da prática do desvio de conduta (preventiva) e a facilitação da apuração da autoria delitiva no âmbito administrativo, com a individualização de desvios de condutas nas instituições (repressiva);

1.4. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais passam a cumprir função estratégica de vigilância no âmbito da instituição, como uma dinâmica característica da “sociedade de risco”, com a transferência de parte da responsabilidade pela fiscalização e controle de eventuais desvios na condução de suas atividades próprias empresas ou a terceiros;

1.5. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem contemplar treinamentos internos intensos, periódicos e de reavaliação, para que os membros e colaboradores possam ter condições efetivas de *ler, assimilar e aplicar o conteúdo descrito no programa de integridade*, onde seja visto como *estratégia de longo prazo da instituição para a criação, consolidação, adaptação ou mudança de uma cultura de compliance*;

1.6. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem prover a atuação do *Compliance Officer* na sua estrutura de funcionamento, concebendo-se a estrutura e operacionalidade necessárias ao bom desempenho da função, como forma de aprimoramento das atividades de prevenção, detecção e remediação de condutas equivocadas, quanto em relação aos riscos de reputação e à responsabilização da entidade ou do próprio *Compliance Officer* pela ausência de atuação conforme as regras do *compliance*, muitas vezes em “cegueira deliberada”;

1.7. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais devem contemplar os *canais de denúncia*, com a possibilidade de qualquer interessado relatar qualquer ilícito em razão dos princípios da integridade, da transparência e sigilo da informação;

1.8. As Procuradorias Estaduais devem ter previsão normativa e capacidade de realizar monitoramento interno das atividades das Procuradorias e de seus membros, para garantir reabilitação e evitar reincidências;

1.9. Os Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado devem descrever o regramento das situações de riscos que podem ocorrer na instituição e informar a todas as pessoas as condutas obrigatórias, preferenciais e facultadas, bem como versar sobre regras e princípios de lisura e probidade; decoro inerente ao exercício da função pública; reputação pessoal e profissional ilibadas; e, redução de litigiosidade, sempre que possível;

1.10. Os Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado devem provir de ampla participação, no processo de elaboração, dos grupos

interessados e destinatários das normas de autoregulação, concebendo-se maior legitimidade democrática;

1.11. As procuraturas estaduais devem afastar sua própria “cegueira deliberada”, discutindo, deliberando e dispondo sobre exercício da advocacia privada ou conflito de interesses, acompanhamento do exercício efetivo da dedicação exclusiva, carga de trabalho da dedicação exclusiva e diferença remuneratória.

2. Sobre as atividades de fomento, apoio e suporte pelas Procuradorias Estaduais à implantação dos programas de *compliance* nas demais unidades da administração pública correspondente:

2.1. A Advocacia de Estado deve procurar participar ativamente dos procedimentos de celebração dos Acordos de Leniência;

2.2. No exercício da representação judicial e extrajudicial e da consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas pela Procuradoria Geral do Estado e, diante da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico das empresas estatais pela Procuradoria Geral do Estado, é necessária atuação planejada, preventiva e reativa, sobre conflitos de interesses, conflitos de agência, os novos regimes licitatórios para obras e serviços nas empresas públicas ou sociedades de economia mista, afastamento dos rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista;

2.3. As Procuradorias Estaduais devem oferecer modelos jurídicos estaduais de prevenção dos problemas da “multiagência” do âmbito federal, como no caso da sugestão da criação do comitê administrativo envolvendo todos os órgãos de controle e *accountability*, como foro de celebração do Acordo de Leniência.

Deste modo, conformando-se a maioria dos temas aqui versados, as Procuradorias Estaduais obterão protagonismo institucional necessário e

indispensável para uma verdadeira contribuição ao combate da corrupção no Brasil.