

A Lei de *Compliance* e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro

The Compliance Law and its configuration while a regulatory public policy for the brazilian private sector

Veruska Sayonara de Góis¹

RESUMO

No trabalho em comento, investiga-se a Lei de *Compliance* para o setor privado - também conhecida como Lei Anticorrupção. A corrupção é um fenômeno preocupante, e internacionalmente identificado como causa de grandes crises do mercado, devido a fraudes corporativas do setor financeiro. O Brasil assume o compromisso de combater a corrupção, e para o setor privado, tivemos a Lei 12.846/2013. A referida norma necessita de regulamentação, mas já vem inspirando uma série de indagações e adequações estruturais. Analisaram-se, no texto, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, a origem das normas de *compliance*, as características da Lei 12.846/2013 e sua configuração enquanto política pública regulatória destinada a resolver um problema, o que faz a partir da regulação. A Lei Anticorrupção prevê 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. Assim, a ideia de *compliance* denota o conceito de cumprimento e obediência às normas. Discute-se a configuração da norma como marco regulatório inaugural de uma política pública específica para combate à corrupção no setor privado, e os desafios e indagações que tal política suscita.

Palavras-Chave: Lei de *Compliance*. Setor Privado. Política Pública Regulatória. Mecanismos de Integridade e Ética.

ABSTRACT

¹ Advogada, possui graduação em Direito (Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, 2005) e Mestrado em Direito Constitucional (UFRN, 2009). Atualmente é professora adjunta III do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: veruskasayonara@gmail.com

This work investigates the Compliance Act for the private sector - otherwise known as Anti-Corruption Law. The corruption is a worrying phenomenon, and internationally identified as a cause of great crises of the market, consequently to corporate fraud in the financial sector. Brazil assumes the commitment to fight against the corruption, and to the private sector, there is the Law 12.846/2013. That standard requires regulation, but already comes inspiring a series of questions and structural adjustments. Were analyzed, in the text, starting from bibliographic and documentary research, the origin of compliance standards, the characteristics of the Law 12.846/2013 and its configuration as a public regulatory policy intended to solve a problem, what make from the regulation. The Anti-Corruption Law provides for the need for mechanisms and internal integrity procedures, audit and encouragement of whistleblowing and effective application of codes of ethics and conduct within the juridical people. So, the idea of the compliance denotes the concept of enforcement and obedience to the rules. Discusses the configuration of the standard as inaugural regulatory mark of a specific public policy for combating corruption in the private sector, and the challenges and questions that this policy raises.

Keywords: Compliance Act. Private Sector. Public Regulatory Policy. Mechanisms of Integrity and Ethics.

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno estabelece-se sobre as liberdades amplas dos indivíduos, estando o fundamento dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, IV), bem como a proteção do mercado, considerado como integrante do patrimônio nacional (CF, art. 219). Tem-se uma proteção constitucional da economia ou constituição econômica formal, sobre um pano de fundo de direitos aparentemente colidentes.

Com as transformações do mercado e do Estado, tem-se a previsão, através da Constituição Federal do Brasil (1988), de que a propriedade privada e a empresa devem ter função social, imbricando-se cada vez mais o público e o privado.

O Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo, mesmo que de forma indireta, a

necessidade de *compliance* (art. 7º, VIII) e inaugurando um marco legal de governança corporativa.

Na pesquisa, objetiva-se definir o conceito de *compliance*, percebendo-se a norma como marco regulatório para o setor privado, tendo também caráter de política pública, de maneira a atender à necessidade de controlar a corrupção e satisfazer o requisito da função social da propriedade. A investigação foi feita com apoio das técnicas bibliográfica e documental.

2 DESENVOLVIMENTO: A *COMPLIANCE* E SEUS CONTORNOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O termo *compliance* designa uma política regulatória anticorrupção para o setor privado em suas relações com o Estado, concebendo um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria para as empresas enquanto setor econômico privado. De forma simples, significa cumprir, obedecer às normas, “estar de acordo”.

A Constituição Federal do Brasil, a par de normas especificamente ou substancialmente constitucionais, trouxe ainda matérias diversas, e entre elas, a economia, de maneira que:

Portanto, com o advento da Carta de Outubro, implantou-se, entre nós, uma autêntica constituição econômica formal, cujo conteúdo abarca: os princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); a política urbana (arts. 182 e 183); a política agrícola, fundiária e a reforma agrária (arts. 184 a 191); e o sistema financeiro nacional (art. 192). (BULOS, 2014, p. 1515-1516).

A empresa, como atividade econômica organizada, integra teoria recentemente abarcada pelo Direito Civil brasileiro. Apesar disso, o conceito de empresa não é claro na legislação, confundindo-se com o de pessoa jurídica.

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 coletiva (geralmente, de natureza privada, submetendo-se a um regime próprio trazido pelas normas civilistas).

A empresa se organiza como agente privado, em regra, e busca benefícios próprios, incorrendo no regime capitalista de liberdade de mercado e iniciativa. Mas, com isso, interfere amplamente no meio social, tendo direitos e obrigações. Atualmente, portanto, fala-se em constitucionalização do direito civil, pela exigência de a propriedade atender a sua função social (CF/88, art. 5º, XXIII).

Discute-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, se haveria obrigações dos particulares com respeito a tais direitos; ou se essa eficácia seria apenas vertical, entre indivíduo e Estado. Através da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem-se a perspectiva de que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais; e não apenas o Estado, como é próprio da clássica teoria vertical.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, também chamada de teoria da eficácia privada, teoria da eficácia externa, teoria da eficácia entre particulares ou, ainda, teoria da eficácia em relação a terceiros, surgiu na Alemanha sob o rótulo *Drittwirkung*, desenvolvendo-se de 1 95 5 a 1 960, como um aprimoramento da *state action* da Suprema Corte norte-americana. (...) Noutras palavras, os direitos fundamentais valem não só nas relações verticais entre indivíduo e Estado, mas também nas relações inter-privadas (particular com particular). Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, portanto, é a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares (BULOS, 2014, p. 540).

O precedente judicial mais bem elaborado sobre a matéria foi o RE 201.819 (Supremo Tribunal Federal, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ de 27-10-2006), de acordo com Bulos (2014, p. 541), onde o STF teria concluído que a garantia da ampla defesa incide diretamente sobre as relações privadas.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), John Ruggie, Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, recomendou um marco normativo acerca da responsabilidade fundamental das empresas no tocante aos direitos humanos (BIICHITZ, 2010, p. 208).

A compreensão de governança corporativa liga-se à noção de *accountability*, esta referindo-se, por sua vez, “aos processos políticos e institucionais que configuram a prestação de contas como princípio fundamental para a publicidade da ação de agentes e instituições frente à cidadania” (FILGUEIRAS, 2013, p. 264).

O conceito de *accountability* teria surgido a partir da segunda metade da década de 1980 nos países de tradição anglo-saxã, e de acordo com Pascoal (2009), não existe uma tradução exata do termo para a língua portuguesa. Para o autor:

A propósito, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a *accountability* está refletida, por exemplo, na consagração dos princípios republicano e democrático (art. 1º da CF), no princípio da prestação de contas (artigo 70 da CF), no dever de eficiência e de transparência (artigo 37 da CF), na existência de mecanismos de controles técnicos de gestão (Tribunais de Contas, Ministério Público, (...) Ouvidorias etc) (PASCOAL, 2009, p.8).

Tal responsabilidade incorreria não apenas ao Estado de forma ampla, mas às empresas que se relacionam com o Estado bem como aos indivíduos que se relacionam com a empresa (empregados, parceiros (*stakeholders*), consumidores). Para Santos:

O Brasil atualmente está em um patamar que coloca *compliance* como um dos pilares da governança corporativa ao garantir a conformidade com normas, leis e políticas internas e externas à organização (2011, p. 187).

Para alguns autores como Santos, a origem histórica da *compliance* está 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 (2011, p. 184). Outros situam a formação de um sistema normativo de governança corporativa específica a partir da Lei Sarbanes-Oxley (EUA, 2002).

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). 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 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, *passim*). A Lei Sarbanes-Oxley, 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 recebeu tal denominação com base nos nomes de seus patrocinadores legislativos, Senador Paul Sarbanes (democrata de Maryland) e Deputado Michael G. Oxley (republicano de Ohio) (CUNHA et al; 2013, p 1-2).

Em 2013, o Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo a necessidade de *compliance*. A norma busca responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública. De fato, o relacionamento entre empresas particulares (fala-se da empresa aqui de maneira subjetivada juridicamente) e Estado é contínuo.

Toda empresa é sujeita a pagamento de impostos e fiscalização por parte de órgãos públicos. Aqui residem as mais notórias oportunidades de violação de princípios éticos. (...) Da mesma forma, empresas são colocadas em contato com o mundo da política e da administração pública. Programas tecnológicos, financiamentos, licitações, contratos, alíquotas de impostos, subsídios, incentivos fiscais, regras de importação e exportação, contribuições em campanhas políticas, tudo isso exige relacionamentos mais ou menos constantes com órgãos públicos (ETHOS, 2000, p. 29).

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).

A norma 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.

O advento da legislação anticorrupção e o fortalecimento dos institutos de seu controle são medidas incipientes, mas de forte valor simbólico no âmbito privado, denominados genericamente como *compliance*. O termo *compliance* também foi utilizado pelos ministros do STF no julgamento da Ação Penal 470 (mais conhecido como Mensalão) e pode ser explicado nos termos seguintes:

Compliance — do termo inglês *comply* — significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. Vogel descreve o *compliance* como um “conceito que provem da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica.” (...) O impulso inicial ao *compliance* partiu das instituições financeiras e tomou corpo após os mundialmente famosos escândalos de governança (Barings, Enron, World Com, Parmalat) e a crise financeira de 2008[1]. (...) Nessa linha, as empresas tem desenvolvido programas e políticas que agregam (i) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; (ii) a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; (iii) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; (iv) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar (BOTTINI, 2013, s/p).

A Lei 12.846/2013 tem sido chamada Lei Anticorrupção, e acredita-se que ela ajudará no estabelecimento de mecanismos de transparência e ética corporativa ou ética empresarial, compreendida como o “estudo do comportamento das pessoas nas organizações com base na cultura organizacional. Portanto, ela envolve a identificação dos valores praticados por toda a organização, a partir do topo, ou seja, da alta administração” (DAINEZE, s/d, p. 5).

Perceba-se, entretanto, que “os parâmetros de avaliação de mecanis-

mos 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. Conforme a íntegra do artigo:

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

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

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;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

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

As sanções podem ser de natureza administrativa e judicial, e segundo a Lei 12.846/2013, artigo 21, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei Nº. 7.347/1985 (Ação Civil Pública). Nesse cenário, surgem desafios para o Judiciário e os Tribunais de Contas, quando da apreciação da *compliance* em casos concretos.

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 Advo-

cacia 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”.

O direito à paz, ao desenvolvimento sustentável, à transparência e à confiabilidade das instituições ganha forma com as aspirações universais dos direitos humanos. Segundo Tamiozzo e Kempfer (2013), o Brasil, a partir de 2003, cria o Comitê Brasileiro do Pacto Global, integrando a rede que tutela os direitos humanos, proteção do trabalho humano, meio ambiente e corrupção. O Pacto Global foi promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU), sendo anunciado como proposta no Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos), em 1999, pelo ex-secretário geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013).

Foram selecionados para compor o Pacto Global, de modo alinhado com as políticas e práticas empresariais mais comuns, e os objetivos internacionalmente ansiados e aplicados, 10 valores principais ou princípios chave, com vistas a desenvolver um mercado global mais inclusivo e sustentável. Esta iniciativa conta com o apoio de cinco agências das Nações Unidas, sendo elas, o Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos (OHCHR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), lideradas pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (PACTO GLOBAL, 2013). Estes 10 valores principais foram escolhidos nas áreas de Direitos Humanos (1º e 2º princípios), Direito do Trabalho (3º ao 6º princípio), Proteção Ambiental (7º ao 9º princípio), e Combate à Corrupção (10º), sendo este último inserido somente em 24 de junho de 2004 (PACTO GLOBAL, 2013). Todos eles derivam de outras declarações, como a Declaração Universal de Direito Humanos, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e,

também, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013, p. 160-161).

Assumidos a partir das grandes convenções internacionais, o combate à corrupção estabelece-se entre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos, dois dos pilares da atuação da ONU (o terceiro seria a manutenção da paz e da segurança mundiais). Os direitos humanos são, contemporaneamente, importantes pautas axiológicas e normativas. Incorporados os direitos humanos pelos Estados, a partir de seus ordenamentos jurídicos internos e de suas práticas internacionais (norma costumeira), são exigíveis pelos sujeitos titulares desses direitos.

Temos, portanto, que a lei brasileira anticorrupção decorre de compromissos internacionais pactuados pelo Brasil no combate à corrupção, como por exemplo, (i) a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002 e (iii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, chamada de convenção da OCDE, promulgada pelo Decreto n. 3678/2000 (CASTRO, ANTONIETTO, 2014).

No caso do Brasil, a CF/88 foi o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A Constituição filia-se à dicção dos direitos humanos em seus artigos 4º, 5º, §§ 2º e 3º, bem como no art. 109, V-A (federalização dos crimes contra os direitos humanos).

Na política executiva dos direitos humanos, temos os Planos Nacionais de Direitos Humanos (PNDH I, II e III), e, como órgão interno especialmente pensado para essa agenda, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH, Lei 12.986/2014), que substituiu o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH, Lei 4.319/1964). O Conselho Nacional dos Direitos Humanos está situado na Secretaria de Direitos Humanos, estrutura do Poder Executivo Federal.

Além da implementação de uma política de direitos humanos (por mais abrangente que seja a concepção de direitos humanos), percebe-se o Poder Judiciário brasileiro como ator institucional que participa da implementação das políticas públicas, muito embora, mormente, não participe da construção da agenda pública nem da tomada de decisões políticas em sentido estrito.

As políticas públicas são pensadas, na ótica tradicional, como uma

dinâmica interativa de decisões entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a sociedade civil organizada, a partir de expressões como movimentos sociais e mecanismos legais. Assim, tais políticas públicas aparecem como um produto da “política”, visando, de forma instrumental, resolver problemas elaborados a partir da agenda pública formal.

O Judiciário, como ator inerte que é, necessita de provocação, agindo nos estreitos limites jurisdicionais. A partir da Constituição Federal de 1988, entretanto, temos a valorização do Poder Judiciário como guardião da Constituição. Essa vigilância da Constituição é ampla, e tem por escopo, também, a efetividade dos direitos da pessoa humana, o que situa o Judiciário na instância contramajoritária da política eletiva, e na circunstância de agente de veto e elo no entorno do Direito e da Política.

O fortalecimento do Judiciário e das demais instituições do sistema da justiça tornou-os mais visíveis, tanto para os agentes políticos como para a população. Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas (SADEK, 2013, p. 16-17).

As decisões judiciais constituem-se, em muitos casos, práticas implementadoras dos direitos humanos; direitos esses que, constando dos tratados internacionais, Constituição, normas internas e repertório de políticas públicas, são, na práxis da *Realpolitik*, ignorados. Tem-se, portanto, a perspectiva do crescimento do Poder Judiciário na arena pública, em crescente intervenção na aplicação das normas de direitos humanos/fundamentais que se constituem objetos de políticas públicas.

As políticas públicas constituem uma categoria que ganha importância nos últimos 30 anos, especialmente na literatura da ciência política. Diferencia-se da política eleitoral (*politics*), aparecendo como instrumento de ação dos governos, técnicas de atuação envolvendo o planejamento, a programação e a decisão (*policies*). Sobre o conceito de políticas públicas:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986)

segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006, p. 24).

A política pública (*public policy*) tem um conteúdo concreto e um conteúdo simbólico de decisões políticas, expressando-se como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, no entorno da Economia, Direito, Administração e Política, como matriz interdisciplinar e multidimensional (BUCCI, 1997). Assim, convém questionar:

As políticas públicas são uma categoria jurídica útil para a análise das funções do Estado? Como o direito racionaliza o tema? Qual a expressão jurídica das políticas públicas? Pode-se falar em um “regime jurídico das políticas públicas”? As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato (BUCCI, 1997, p. 91).

Uma classificação ou tipologia de políticas públicas bastante aceita é a de Theodore J. Lowi, que descreve as políticas públicas como políticas regulatórias, políticas distributivas, políticas redistributivas e políticas constitutivas.

Theodor Lowi (1964; 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo

é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente (SOUZA, 2006, p. 28).

Tais políticas, embora possam ser instrumentos para efetivação de direitos fundamentais, não se confundem com os direitos e marcos regulatórios, tendo um ciclo próprio de existência (modelo teórico: identificação do problema, formação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisões, implementação, avaliação, extinção ou permanência).

A Constituição Federal de 1988 é o marco para a mudança estrutural e valorização do Poder Judiciário como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, tidos como cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º). Coloca-se o Judiciário como ator institucional com poder de veto na correção de disfunções políticas, podendo exercer a sindicabilidade judicial de políticas públicas, como ocorreu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45.

A implementação das políticas pode ser avaliada por diferentes modelos, devendo o Judiciário ser inserido na arquitetura institucional de efetivação e análise desse ciclo. No tocante à *compliance*, temos um modelo de política pública regulatória. Segundo Frey:

Políticas regulatórias trabalham com ordens e proibições, decretos e portarias. Os efeitos referentes aos custos e benefícios não são determináveis de antemão; dependem da configuração concreta das políticas. Custos e benefícios podem ser distribuídos de forma igual e equilibrada entre os grupos e setores da sociedade, do mesmo modo como as políticas também podem atender a interesses particulares e restritos. Os processos de conflito, de consenso e de coalizão podem se modificar conforme a configuração específica das políticas (2000, p. 224).

A política regulatória tem como ponto de partida e de chegada um contexto normativo, estabelecendo marcos regulatórios para determinados temas e instituições. No caso da *compliance*, o fator constitutivo tem a ver com a modificação das regras clássicas do jogo de deveres éticos, vistos costumeiramente como ônus público:

A corrupção, ao contrário do que muitos imaginam, não tem suas causas apenas no setor público. De fato, ela assola as estruturas estatais, mas é um mau produto dos mais diversos setores da sociedade, comumente visto no setor privado. A organização empresarial é um dos agentes mais dinâmicos da sociedade, e, portanto, não pode ficar de fora das ações que giram em torno do duelo contra a corrupção. Vale dizer que a Transparency International define corrupção como o “abuso do poder confiado para ganhos particulares” (TAMIOZZO, KEMPFER, 2013, p. 170).

A intervenção judicial ou “ativismo judicial” tem resultado em sanções expressivas quando do descumprimento de ordem ou decisão judicial no controle das políticas públicas, como multa diária, responsabilização por improbidade administrativa, intervenção no Estado ou Município, bem como a responsabilização criminal. Nos debates da Ação Penal 470 / STF, conhecida usualmente como “Mensalão”, os ministros discutiram o termo *comply*. Reproduz-se abaixo o trecho:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Vossa Excelência conhece muito bem, Ministro Lewandowski, a palavra, o verbo, da língua inglesa, que consta do cargo exercido por ele. *Compliance*. *Compliance* vem de quê? Vem de *comply*. O que significa *comply* em inglês?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - O que significa?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Fazer cumprir, cumprir normas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Sim, fazer cumprir. Mas ele, como subordinado, não pode fazer com que a autoridade superior cumpra. (ACÓRDÃO AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS, p. 2683).

Com o breve diálogo, pretende-se mostrar que a ideia de *compliance* tem a ver com 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 e que será avaliada pelo Judiciário, em algumas situações previstas na Lei 12.846/2013.

Em matéria de direito comparado, trazemos algumas medidas da Lei Sarbanes-Oxley (lei federal americana), 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); “*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).

Com a comparação, percebe-se que embora a corrupção não seja um problema específico da América Latina, configura-se, em nosso contexto sócio-político o fenômeno da corrupção estrutural. Diferentemente:

en ciertos contextos la corrupción no es una conducta esporádica o aislada, sino que una práctica generalizada que excede lo que Klitgaard ha llamado corrupción normal, esto es, los “niveles de corrupción que implican las compensaciones óptimas”. Aquí la corrupción, aunque ilegal, es una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo. Una especie de corrupción estructural o sistemática que ha concentrado el foco de la literatura especializada es la llamada “captura del Estado”. En esta, los intereses corruptos inciden en la producción de las normas y políticas públicas de un Estado, generando un marco normativo que legaliza beneficios ilegítimos y la exclusión (ROJAS, BASCUÑAN, CAMPOS, 2014, p. 71).

Assim, pretende-se apontar a corrupção como problema não só estatal,

mas internacional, de direitos humanos; sendo necessária uma política que abranja os particulares em suas relações com os estados. No caso brasileiro, embora pendente de regulamentação, a Lei de *Compliance* é o marco inaugural dessa nova política pública regulatória de combate à corrupção.

3 CONCLUSÕES

A corrupção tem sido vista com preocupação no contexto nacional e internacional; tanto por países quanto por bloco internacionais e supranacionais, haja vista que ela desvirtua os princípios do mercado e foi, historicamente, causa de grandes crises econômicas. As constituições atuais têm feito deferência à economia, tratando do assunto com bastantes detalhes, a ponto de se nominar constituição econômica esse tratamento.

Aderindo a pactos e acordos internacionais, o Brasil assume o compromisso do combate à corrupção. Embora existam normas e leis para o setor público, faltava um instrumento específico para o setor privado. Lacuna essa que veio a ser sanada, em parte, com a Lei 12.846/2013, conhecida também como Lei Anticorrupção. A referida norma necessita de regulamentação, mas já vem inspirando uma série de indagações e adequações estruturais.

Voltada para as empresas privadas no relacionamento com o poder público, a Lei Anticorrupção prevê 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.

Analisaram-se, no presente trabalho, a origem das normas de *compliance*, as características da Lei 12.846/2013 e sua configuração enquanto política pública destinada a resolver um problema, o que faz a partir da regulação. Configura-se, portanto, a Lei 12.846/2013 como política pública regulatória, um marco inaugural, já que ainda deverão ser acrescidos outros documentos normativos. Assim, tem-se que o combate à corrupção, no setor privado brasileiro, começa por exigir que as pessoas jurídicas privadas se adequem às normas, *comply*, cumpram as normas, necessitando, para isso, de uma mudança estrutural significativa, com instalação de procedimentos internos e sindicalizáveis de ética e transparência.

REFERÊNCIAS

BILCHITZ, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** In: SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos (São Paulo). V. 7, n. 12, jun. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal?** In: Consultor Jurídico. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance> Acesso em: 09/05/2014.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. **Políticas públicas e direito administrativo.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2014.

CASTRO, Rafael Guedes de; ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. ***Criminal compliance*: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial.** In: Direito e economia I, CONPEDI/UFSC; coordenadores: Gina Vidal Marcílio Pompeu, Felipe Chiarrello de Souza Pinto, Everton das Neves Gonçalves. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CUNHA, Paulo Roberto da Cunha; SILVA, Julio Orestes da; FERNANDES, Francisco Carlos. **Pesquisas sobre a lei Sarbanes-Oxley: uma análise dos journals em língua inglesa.** In: Revista Enfoque: Reflexão Contábil (Universidade Estadual de Maringá). Vol. 32, N. 2. 2013.

DAINEZE, Marina do Amaral. **Códigos de Ética Empresarial e as Relações da Organização com Seus Públicos.** In: Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social (ETHOS). Responsabilidade Social das Empresas – A Contribuição das Universidades. São Paulo, Ethos, 2010. Volume 3.

ENGEL, E.; HAYES, R. M.; WANG, X. ***The Sarbanes–Oxley Act and fir-***

ms' going-private decisions. In: *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 44, n. 1-2, 2007.

FILGUEIRAS, Fernando. **Accountability e Justiça.** In: AVRITZER, Leonardo et al. *Dimensões políticas da justiça.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil.** In: planejamento e políticas públicas. Nº 21, jun. 2000. Disponível em: www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL (ETHOS). **Formulação e Implantação de Código de Ética em Empresas.** São Paulo, Ethos, 2000.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

ROJAS, Claudio Nash; BASCUÑÁN, Pedro Aguiló; CAMPOS, María Luisa Bascur. **Corrupción y derechos humanos:** una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública:** um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro, Forense, 2013.

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

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mi-**

tigação e prevenção da fraude organizacional. In: Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º Concurso de monografias: trabalhos premiados. (Coletânea de monografias). Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Ano IV, n. 6. Brasília: CGU, 2011.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas:** uma revisão da literatura. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Ano 3, vol. 6, set-dez./ 2013. Florianópolis/SC.