

## 1. Introdução

A expressão “*Compliance*” se origina do verbo em inglês “*to comply*”, que significa obedecer, executar, observar, satisfazer imposições de ordem legal ou de ordem interna das organizações<sup>1</sup>. Nesse sentido, as normas sobre *Compliance* buscam evitar os riscos decorrentes do cometimento de condutas pessoais ou organizacionais consideradas ilícitas ou incoerentes com os princípios, missões, visão ou objetivos de uma organização. Afinal, a principal função do *Compliance* é, segundo Pleti e Freitas (2015, p. 06), a de garantir que a própria pessoa jurídica atinja a sua função social, mantenha intactas a sua imagem e confiabilidade e garanta a própria sobrevivência com a necessária honra e dignidade. Nesse contexto surge o Risco de *Compliance* que, segundo as normas ISO (*International Organization for Standardization*), é definido como risco legal, de sanções regulatórias, de perda financeira ou perda de reputação, que uma organização pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas. Esses eventos que produzem impacto negativo acarretam risco que, segundo o COSO<sup>2</sup> é a “*possibilidade de um evento ocorrer e afetar negativamente a realização dos objetivos*”. Moeller (2011, p. 13) e Segal (2011, p. 08) afirmam que uma técnica utilizada para a identificação rápida do risco de acordo é o debate, isto é, juntar equipes de vários níveis ou unidades da instituição para identificá-los e solucioná-los.

Pode causar estranheza associar o *Compliance* à Administração Pública enquanto destinatária de tais normas, pois teoricamente, este instituto teria nascido para adequar às sociedades privadas (empresas) à conformidade legislativa vigente. Ocorre que essa visão é equivocada, pois o Poder Público não só deve se submeter à legislação em comento, como deve dar o exemplo de integridade, boa-fé, legalidade e boa governança.

O fato é que a corrupção vem exigindo uma mudança comportamental por parte das empresas (sociedades) e não poderia ser diferente com o Poder Público. Nesse sentido, nasceram no Brasil as normas Antissuborno e Anticorrupção, e no caso específico das “Estatais”, a lei 13.303 editada no ano de 2016 dispendo sobre o Estatuto Jurídico da Empresa

---

<sup>1</sup> Para a ISO 19.600 organização significa “*Pessoa ou Grupo de Pessoas com suas próprias funções, com responsabilidades, autoridades e relações para atingir seus objetivos*”. Exemplos: Empreendedor individual, companhia, corporação, firma, empresa, autoridade, parceria, instituição com ou sem fins lucrativos, instituições públicas ou privadas.

<sup>2</sup> A sigla COSO significa: *The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) Enterprise Risk Management – Integrated Framework Comment. Period for COSO ERM Framework Update Closed Written Comments Available on [erm.coso.org](http://erm.coso.org) through Dec. 15*

Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias, abrangendo todas as empresas que pertençam à da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos essenciais. Afinal, tais medidas visam evitar, detectar e sanar qualquer tipo de desvio, seja um ato ilícito, fraudes ou simplesmente irregularidades administrativas que estejam em desconformidade com o novo modelo de combate à corrupção e ao suborno.

É bem verdade que a Constituição da República de 1988 já trazia expressamente em seu artigo 37 os princípios que regem a Administração Pública, isto é, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e eficiência. Além desses, outros princípios também influenciavam direta ou indiretamente o Poder Público, como por exemplo, a ética, a transparência e a integridade. Não foi à toa, que o Sistema de Gestão de *Compliance* também é chamado de Programa de Integridade.

Diante de tais elementos e por ser algo relativamente novo no Brasil, doravante passaremos a chamar apenas de *Compliance Público*, que além de já ser considerada uma realidade para o setor público em todo o Brasil, deve se consolidar em todas as esferas e órgãos federais, estaduais e municipais, sobretudo com a publicação do novo diploma legislativo. Nesse contexto, os novos sistemas de gestão anticorrupção e antissuborno podem ser vistos como um instrumento eficaz para o desenvolvimento do novo modelo de Constitucionalismo no país.

## **2. A legislação de Regência**

As normas *ISO 19.600* (2014) e *ISO NBR 37.001* (2016) são diplomas relativamente novos no Brasil. A Austrália (em 2012) iniciou o projeto de uma norma *ISO* para desenvolver Programas de Conformidade, baseada em outra norma australiana (AS 8306). A proposta foi acolhida e criou-se uma Comissão para desenvolver a Norma *ISO/PC 271* (Gerenciamento de Conformidade). Após reuniões e discussões sobre o tema, o Comitê *ISO* para Projetos Internacionais publicou o esboço da *ISO 19600* (*Standard for Compliance Management*) para debate e votação. Dessa forma, foi publicada em dezembro de 2014 a denominada Norma *ISO 19600* e objetiva servir de padrão internacional para os programas empresariais de *Compliance*.

Informação revelada pelo Banco Mundial afirma que mais de US\$ 1 trilhão são pagos todo ano a título de suborno. Além das questões éticas que envolvem essa prática nociva para a sociedade, tal conduta também cria uma instabilidade político-social que se incorpora ao mundo dos negócios e deteriora os serviços públicos e privados.

Além de envolver toda a empresa nas relações internas e externas, a corrupção e o suborno impactam fortemente os empregados de todos os setores. O combate a tais práticas exigem mudanças culturais e institucionais radicais, pois o Brasil vem assumindo uma triste colocação no ranking de países mais corruptos do mundo.

Diante desse infeliz cenário, em 2016 a *International Organization for Standardization* publicou a Norma ISO 37.001 (*Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*).

Assim como a ISO 19.600, o principal objetivo da ISO 37.001 é apoiar o combate ao suborno, por meio do desenvolvimento de uma cultura de integridade e transparência, isto é, elaborar um Programa de Conformidade com a legislação para lidar com os riscos de suborno. É importante ressaltar que esse sistema pode ser independente ou integrado a um Sistema de Gestão Geral.

Vale dizer que a concepção de suborno é bastante ampla, podendo envolver vantagens, benefícios financeiros (de qualquer valor) ou não financeiros e pode ocorrer em qualquer local e com qualquer pessoa<sup>3</sup>. Assim, um Sistema de Gestão Antissuborno visa desenvolver uma cultura dentro de uma organização<sup>4</sup> e implementar controles para detectar e reduzir a incidência de suborno.

Dessa forma, desde já, delimitamos o tema, deixando claro que o foco do presente texto é exatamente o *Compliance* Público no Brasil com base na lei 13.303/16<sup>5</sup>, motivo pelo qual deixaremos de abordar normas como *FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)*, *Bribery Act (Act of the Parliament of the United Kingdom)*, *FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)*, entre outros<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Abrange suborno nos setores público, privado, ainda que sem fins lucrativos, incluindo funcionários e terceiros.

<sup>4</sup> A implementação desse tipo de programa carece da liderança e comprometimento da alta gerência, devendo a Política proposta ser comunicada a todos, ou seja, ao quadro de funcionários, contratados, fornecedores e demais parceiros.

<sup>5</sup> Decreto 8.945/16 regulamenta também o tratamento diferenciado para empresas estatais .

<sup>6</sup> A experiência brasileira segue-se a aplicação da Lei *Sarbanes Oxley*, importante legislação aplicada nos Estados Unidos da América que vem servindo de referência para o Brasil. Nesse contexto, também foram editadas os seguintes diplomas: a) Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994); b) Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); c) Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (*Ges* Pública), instituído em 2005; d) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, chamada de Lei do Acesso a Informação; e) Lei nº 12.813, de 16

A lei 13.303/16, também chamada de Estatuto das Estatais (parágrafo quarto do seu artigo nono), traz uma única vez em seu texto a expressão *Compliance* ao determinar que o estatuto social deverá prever a possibilidade de que a área de *Compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

A realidade fática em que vivemos, sobretudo com a exposição midiática das operações policiais que desvelam grandes escândalos de corrupção como, por exemplo, a operação Lava-Jato, deixa clara a necessidade de reavaliar as ações do Poder Público que visam a combater a corrupção no plano normativo e fático. Alguns países como a Inglaterra e Estados Unidos vêm ao longo dos anos investindo em novos modelos de gestão estratégica da informação e em programas (DUBOIS, 2012, p. 19) governamentais voltados a minimizar a corrupção no seio das estruturas corporativas. Morato Garcia (2011, p. 414) afirma que, apesar do índice de corrupção ainda estar longe do ideal, as experiências bem sucedidas no ambiente privado desses países inspirou o Poder Público a se inspirar nesses modelos privados e trazê-los para a esfera pública, fazendo nascer o chamado *Compliance* Público.

O artigo primeiro da lei 13.303/16<sup>7</sup> estabelece a amplitude da norma que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas Subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 5.687/06<sup>8</sup>. A finalidade da presente Convenção<sup>9</sup> é promover e fortalecer as medidas para

---

de maio de 2013, chamada de Lei de Conflito de Interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; f) Lei n.º 12.846 de 1º de agosto de 2013, intitulada Lei Anticorrupção, com seu respectivo Decreto regulamentador de n.º 8.420 de 18 de março de 2015 e; g) Decreto 8.793 de 29 de junho de 2016 que institui a Política Nacional de Inteligência. Vales ressaltar que o rol não é exaustivo, pois dispositivos de outros diplomas também devem ser invocados para compor todo o ordenamento pertinente à matéria.

<sup>7</sup> Em seus parágrafos quinto e sexto afirmou o legislador que também se submetem ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora e, ainda, a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput.

<sup>8</sup> Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Da mesma forma, a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29 de março de 1996, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 4.410/02. Os propósitos da Convenção são: promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados-partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

### **3. Boa Governança no Setor Público e o combate à corrupção**

Ao longo das últimas décadas presenciamos escândalos de diversas formas, mas em todos eles o dinheiro público foi o principal alvo e, por isso, nasceu a preocupação com aspectos relacionados à Governança.

No Brasil, ainda que tardiamente<sup>10</sup>, o interesse pelo tema surgiu com mais intensidade sobre o setor privado. Contudo, se percebeu que o interesse pela Governança Corporativa tinha que atingir o próprio setor público onde foram detectados diversos “ralos de corrupção”. Dessa forma, tanto no setor público quanto no privado, passaram a existir iniciativas de melhoria da governança.

---

<sup>9</sup> O artigo quinto que trata das políticas e práticas de prevenção da corrupção determina que cada Estado formulará, aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.

O artigo oitavo o diploma aborda a implementação de Códigos de Conduta para servidores públicos, que visam a combater preventivamente a corrupção, através do desenvolvimento institucional de princípios relacionados à integridade, à honestidade e à responsabilidade do agente estatal.

<sup>10</sup> Em 2001, foi publicada a Lei 10.303/2001 que alterou a 6.404/76 (sociedades por ações) buscando reduzir riscos ao investidor minoritário e garantir sua participação no controle da empresa. Da mesma forma, em 2002, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou recomendações sobre governança. No mesmo período, no âmbito internacional foi publicado em 2001 pela *International Federation of Accountants* textos sobre Boa Governança no setor público. Em 2003, pela *Australian National Audit Office*, o Guia de melhores práticas para a governança no setor público, ratificando os princípios dispostos pelo diploma anterior da IFAC (*International Federation of Accountants*), acrescentando a liderança, o compromisso e a integração.

A ideia de Governança Pública originou-se da Governança Corporativa (*Corporate Governance*). A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (1999, p.5), considera a Governança Corporativa como um conjunto de relações entre a administração de uma empresa, seu Conselho de Administração, seus acionistas e outras partes interessadas. Significa dizer que é um conjunto de práticas que têm por objetivo regular a administração e o controle das instituições. Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC (2009, p. 16), Governança Corporativa é “o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle”. Nesse sentido, afirma o órgão que as boas práticas de Governança Corporativa “*convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade*”.

A lei 13.303/16 trouxe como um de seus pilares, normas sobre a Boa Governança por parte da Administração Pública em todas as esferas de Governo (Federal, Estadual e Municipal). Diante dos diversos conceitos que a Governança pode assumir, deixamos consignado que adotamos nesse texto a concepção de Governança, como observância das normas de boa conduta para a Administração Pública, bem com o respeito às medidas adotadas pelas leis para governar o país em questão dentro de uma política ética e de combate à corrupção, ao suborno e às irregularidades administrativas. Segundo os conceitos de governança corporativa estabelecidos pelo *International Federation of Accountants* – IFA (2011, p. 12) temos os seguintes princípios de governança corporativa no do setor público: a) Transparência; b) Integridade e c) *Accountability*.

Em apertada síntese, é possível afirmar que a Governança no setor público deve ser analisada sob algumas perspectivas que otimizarão o campo de observação e que vão proporcionar a eficácia no cumprimento das etapas a serem seguidas: a) A sociedade (destinatário) e Estado (agente); b) Federalização – A implementação do *Compliance* Público carece ser adaptado de acordo com a realidade dos entes federativos; (c) Órgãos estruturantes e entidades envolvidas no processo de gestão.

É fato que o Estado, para sua própria sobrevivência, precisa intervir na Economia, seja de maneira direta ou indireta, e para o sucesso e eficácia dessa intervenção se utiliza de diversos instrumentos jurídicos, como, por exemplo, as políticas fiscais como mecanismos redutores de custos e estimulador de atividades econômicas, isto é, através da concessão de incentivos fiscais setoriais ou regionais (CAVALCANTI, 1997, p. 73). Contudo, é importante

encontrar limites na própria Constituição (HESSE, 1991, p. 5), de modo que, como afirmou Lassale (1985, p. 2) não se torne um mero papel, contrariando o argumento de que o Constitucionalismo moderno avança de um Estado *Legislativo* de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

Aspecto de grande relevância seria investigar se a aplicação prática do que se define como Boa Governança estaria intimamente ligada à obtenção de recursos financeiros. Afinal, o Bom Governo deve integrar princípios que devem reger os atos da Administração Pública, entre eles o princípio do equilíbrio orçamentário-financeiro. Para Civantos (2010, p. 7) *“existen unos principios de inveterada tradición legal cuya aplicación consiste en el cumplimiento de las propias normas legales que los integran y, otros, que no hallándose regulados expresamente, requieren de su gestión particularizada, en atención a la propia estructura de la organización.*

Caldeira (2013, p. 57), ao analisar a obra do autor supracitado traz outros princípios que entende serem integradores da Boa Governança (ou Bom Governo) na Administração Pública, a saber: a) objetividade; b) integridade; c) neutralidade; d) responsabilidade; e) credibilidade; f) imparcialidade; g) confidencialidade; h) transparência; i) austeridade; j) acessibilidade; j) dedicação ao serviço público; k) eficácia, e l) honradez. E conclui a autora que a pedra de toque da gestão da coisa pública deve ser a qualidade dos serviços prestados, isto é, a Administração Pública deve centrar todos os seus esforços não mais na extensão dos serviços prestados (preocupação observada nos anos 80 e 90), e sim na eficiência dos mesmos.

Enfim, percebe-se que as questões afetas à Boa-Governança e, conseqüentemente, à corrupção e ao suborno perpassam por questões econômicas (COELHO, 2017, p. 7) e fiscais. Nesse sentido, é um contrassenso falar em Neoconstitucionalismo em um país que anda na contramão desse movimento Constitucional, pois é recorrente em práticas nocivas à sociedade que enfraquecem as finanças públicas e, por isso, mitigam a concretização de Direitos Fundamentais relevantes. A análise aqui efetuada tangencia os argumentos expostos pela Teoria da Análise Econômica do Direito (AED)<sup>11</sup>, que em tempos de crise econômico-financeira, se mostram relevantes como ferramenta que a doutrina pós-moderna propõe para a racionalidade e exequibilidade das questões jurídicas na gestão pública.

---

<sup>11</sup> A AED é o movimento surgido de maneira embrionária na Universidade de Chicago na década de 1960, e que teve, por escopo principal, importar referenciais da Ciência Econômica para trazer contribuições no enfrentamento de problemas atinentes ao Direito.

O movimento AED surgiu na Escola de Chicago (KRUGMAN; WELLS, 20017, p. 7)<sup>12</sup> e, a partir daí, outras correntes (ROSA; LINHARES, 2009, p. 60)<sup>13</sup> caminharam para a tentativa de resolução do mesmo problema ou caso concreto.

É bem verdade que as diversas Teorias sobre a AED sofrem críticas no sentido de que as discussões jurídicas não podem se subsumir ao aspecto puramente econômico.

Constitucionalistas trazem ao debate o que Canotilho (2010, p. 13) denomina de “*paradoxia da autossuficiência das normas jurídico-constitucionais*”, especialmente no que tange ao “*superdiscurso social em torno dos direitos fundamentais*”. Para esse autor, é imperioso que se proceda a uma leitura crítica do constitucionalismo dirigente, e, para tanto, não se pode descartar a certeza de que o Direito é (também) política e economia. Miranda (2000, p. 181) diz que, “*pelo menos de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte na dignidade da pessoa*”.

#### **4. O Compliance à luz do Novo Constitucionalismo**

A influência de leis estrangeiras é cada vez mais forte no Brasil. O *Compliance* que traz em sua essência normas de Boa-Governança, Gestão de Riscos e combate à corrupção e ao suborno, pode ser considerado uma importante ferramenta para o avanço do Neoconstitucionalismo no país, pois visa a ampliar os instrumentos de controle e conferir uma maior transparência da Gestão dos recursos públicos e, com isso, aumentar a efetividade dos Direitos Fundamentais e, em especial os sociais que exigem um maior dispêndio de recursos.

Em alguns países, tais como, Itália (1947) e Alemanha (1949) e, depois, Portugal (1976) e Espanha (1978), as Constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo,

---

<sup>12</sup> Os autores afirmam o seguinte: “*Elas envolvem um trade-off na margem ; comparar custos e benefícios de um pouco mais em uma atividade versus um pouco menos. O estudo de tais decisões é conhecido como análise marginal*”.

<sup>13</sup> Segundo os autores, a *Law and Economics* procura analisar estes campos desde duas miradas: a) «positiva»: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e «bem-estar», cujo critério é econômico de «maximização de riquezas»; e, b) «normativa»: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do «bem-estar social», cotejando as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do «bem-estar social» - maximização de riqueza, - busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.”



estabelecendo um compromisso com a paz, especialmente no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos Direitos Humanos.

Vale dizer que há uma relação intrínseca entre a Constituição brasileira e a portuguesa. Esta nasceu em 1976 em função da Revolução dos Cravos de 1974 e inspirou a Constituição brasileira de 1988, sobretudo, no que se refere aos Direitos Sociais.

Oliveira (2010, p. 181) afirma que “*o texto da Constituição portuguesa de 1976 não encontra precedentes. É dono de uma singularidade sem paralelo na história do constitucionalismo*”. Contudo, para Moreira (2001, p. 270), apesar dessas mudanças a Constituição de 1976 não foi descaracterizada em sua essência: “Foi um fenômeno de desenvolvimento constitucional, e não de ruptura, aquele que atravessou a Constituição de 1976”.

No Brasil, o grande marco do Constitucionalismo Contemporâneo foi a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a elaboração da Constituição de 1988.

A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da Constituição, pois direitos custam dinheiro (HOLMES; SUSTEIN, 2012, p. 15). Segundo Carbonell e Jaramilo (2010, p. 154) estas constituições contêm amplos catálogos de direitos fundamentais: “... *lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recongen tales derecho*”.

Para Sarmiento (2009, p. 113), o Neoconstitucionalismo envolve fenômenos como a força normativa dos princípios, a rejeição do formalismo, a reaproximação entre o Direito e a Moral e a judicialização da Política. Para Streck (2009, p. 8) o Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o Positivismo como no modelo de Constitucionalismo Liberal. Por esse motivo, o Direito deixaria de ser regulador para ser transformador. Para este autor há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo Constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) e o Positivismo Jurídico, nas suas mais variadas formas, e nesse sentido, qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o Positivismo, entraria na linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo (STRECK, 2011, p. 3)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> É importante ressaltar desde já que a expressão “*neoconstitucionalismo*” incorpora uma plêiade de autores, bem como de posturas teóricas que nem sempre convergem entre si, tampouco podem ser aglutinadas em um mesmo contexto ou sentido, ou até mesmo estabelecer uma unidade de conceituação. Lenio Streck ao tratar do

Na visão de Barroso (2005, p. 48), são características do Neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos (em especial a dignidade da pessoa humana), a expansão da jurisdição constitucional, com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais, e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional. É o que o autor chama de crise da efetividade, que para (STRECK, 1999, p. 48) decorre da chamada “crise do Estado de Direito”. Para Streck (2011, p. 4), falar em *neoconstitucionalismo* “*implica em ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários*”, ou seja, em direção a um Constitucionalismo Compromissório, de feições dirigentes, que possibilite (em todos os níveis) a efetivação de um regime democrático.

É sempre oportuno frisar que o “novo” texto constitucional representa a real possibilidade de ruptura do antigo modelo de direito e de Estado, a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente<sup>15</sup>.

Há que se destacar, porém, a distinção entre o ideal e o real, ou seja, a existência de uma considerável distância entre o plano do “ser” e do “dever ser”, valendo-se da expressão de (HABERMAS, 1997, p. 83) – a “impotência do dever ser”. A tradição, tão combatida por Habermas, mostrou que no modelo anterior não havia espaço para o mundo prático, ou seja, para a discussão dos conflitos sociais. Percebe-se, assim, que o discurso exegético-positivista, ainda dominante no campo da dogmática jurídica, sobretudo sob o ponto de vista fiscal, representa um retrocesso. Isto porque, além de continuar a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto, busca nas diversas teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformar o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos.

---

tema diz que: “A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de ‘new constitutionalism’ os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do Leste Europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo. (...)”

<sup>15</sup> Podemos dizer que Constituição Dirigente é aquela que enuncia programas ou valores que vinculam a atuação do Estado. Percebe-se que, diante da elasticidade da definição, não se estipula qual plataforma seria adotada, se a do neoliberalismo, a do Bem-Estar Social ou a do Social-comunismo. Por outro lado, poderia se dizer que Constituição Dirigente seria aquela que se propõe acorrentar uma ação prestacional do Estado com o objetivo precípua de assegurar direitos fundamentais e em vários segmentos, como por exemplo, econômico, social, jurídico e etc.

É importante destacar que por trás de toda Constituição, em especial as democráticas, não existe apenas uma técnica legislativa, ou um formalismo estéril, mas sim um movimento, uma conquista de pessoas para novos avanços políticos e sociais. Nesse sentido, surge um sentimento constitucional no País e na sociedade que deve ser efetivamente alcançado, não deixando essa discussão meramente no plano teórico ou utópico, mas levando-a principalmente para o prático, pois o marco filosófico do “novo” direito constitucional é o pós-positivismo, e o debate sobre sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, mas que, por vezes, são singularmente complementares: o Jusnaturalismo e o Positivismo.

No plano teórico, três aspectos passaram a ser importantes no que se refere à aplicação do Direito Constitucional: a força normativa da Constituição; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, com isso, a expansão da jurisdição constitucional. Contudo, no campo prático, e esse é o nosso principal questionamento, não percebemos nenhuma mudança significativa.

Caminhando com (HOLMES; SUSTEIN, 2012, p. 30) e (POSNER, 2011, p. 365), é claro que sabemos a importância do orçamento de um país para fazer frente às despesas. Não sustentamos aqui uma postura anarquista ou de total liberalidade fiscal e, por isso, corroboramos o entendimento de (SILVA, 2007, p. 97), ao afirmar que o princípio da separação dos Poderes e a competência de dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais. Aliás, o objetivo é exatamente procurar mostrar a relação existente entre a questão orçamentária e a absorção dessa demanda populacional que, ato contínuo, reflete na concretização de direitos fundamentais. Daí a importância do Compliance ser analisado à luz do movimento Neoconstitucionalista, pois ficou provado através dos últimos escândalos noticiados que a corrupção subtraiu parte dos recursos públicos que seriam destinados aos serviços públicos essenciais, melhor estrutura na saúde e na educação, etc. Nesse sentido, as normas de Compliance precisam ser aplicadas à luz da ponderação desses interesses, um dos atributos do Neoconstitucionalismo.

Não é por acaso que a Constituição brasileira já em seu preâmbulo afirma instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem estar e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna. As políticas públicas não são seletivas, mas sim disjuntivas (LEAL, 2009, p. 120), e a reboque, os recursos são finitos, enquanto as demandas são ilimitadas. Assim temos que, o problema é de ordem epistemológica e filosófica, e

também de adequação ao conceito e efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, em que consiste esse direito e aí sim analisar a interferência e a efetividade desses nas políticas públicas.

Por outro lado, a Constituição de 1988 sofre algumas críticas por parte da doutrina (BARROSO, 1999, p. 47), e aqui citaremos apenas duas. A primeira é o detalhismo de assuntos que não mereciam estar em um texto Constitucional. A segunda diz respeito a alguns itens considerados inalcançáveis ou utópicos, inferindo que a Assembleia Constituinte, em alguns momentos, se afastou, sobremaneira, do mundo dos fatos, ou seja, estabelecendo diretrizes intangíveis ou irrealizáveis<sup>16</sup>.

Concluimos com Oliveira (2010, p. 213) que “a Constituição promulgada em 1988, antes de iniciar o constitucionalismo diretivo brasileiro, inova no modelo de dirigismo que empreende”.

Parece-nos que a concepção de Constituição (dirigente ou não) pode vir a sofrer sérios comprometimentos por questões afetas à corrupção. Significa dizer que o dirigismo Constitucional pode sofrer um “efeito rebote” caso o orçamento seja desequilibrado negativamente em função dessa prática que vem se tornando endêmica no país.

## 5. Conclusão

Apesar do *Compliance* ser conhecido como norma de combate à corrupção e ao suborno, sua amplitude é muito maior, pois busca também a Boa-governança e a Gestão de Riscos, seja referente ao setor privado ou público, daí a edição de diversos diplomas como, por exemplo a lei 12.846/13 e a lei 13.303/16. Além disso, sob o ponto de vista do mercado capitalista passa-se a internalizar também as ISO 19.600 (anticorrupção) e a ISO 37.001 (antissuborno).

---

<sup>16</sup> A Teoria Procedimental da Constituição liderada, entre tantos outros, por ELY, John Hart. *Democracia and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press. 1980, p. 12 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 38 a discussão gira em torno do interpretativismo e non interpretativismo. No primeiro afirma-se que os juízes devem se limitar a aplicar as normas estabelecidas explicitamente na Constituição ou de tal forma clara que abra espaço para divagações hermenêuticas. Já o non interpretativismo sustenta que o juiz pode ir além do texto legal. Liderada por DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. p.14, a Teoria Material da Constituição, a dogmática dos princípios e das regras são os pilares de sustentação teórica. estabelece-se a diferença entre os casos fáceis e difíceis.

Percebe-se ao longo do texto que o tratamento legal dado para as Empresas Estatais está em linha de convergência com o tratamento dado às demais sociedades de Direito Privado. Afinal, o objetivo a ser alcançado, tanto em uma como na outra, é evitar os grandes esquemas de corrupção, de suborno e através de uma análise mais ampla, combater todos os tipos de infrações, sejam elas administrativas ou penais. Os tempos são outros e a influência de leis estrangeiras é cada vez mais forte e se mostra urgente e necessária. Nesse sentido, podemos afirmar que o *Compliance* é uma importante ferramenta para o avanço do Neoconstitucionalismo no país, pois ampliar os instrumentos de controle é conferir uma maior transparência da gestão dos recursos públicos e, conseqüentemente, aumentar a efetividade dos Direitos Fundamentais e, em especial os Sociais.

Para o alcance efetivo desse objetivo, faz-se necessário uma mudança procedimental e cultural, que apesar de lenta, e atrasada no âmbito do Brasil, avança significativamente no combate à uma epidemia nefasta que é a corrupção e o suborno.

Percebe-se também que as políticas de *Compliance* estão se consolidando a cada dia, seja na iniciativa privada ou pública. Esperamos que haja, cada vez mais, um tratamento rigoroso para com o Poder Público, pois este deve ser o primeiro a dar o exemplo e, ainda, que ocorra uma sólida mudança comportamental nesse contexto vergonhoso que o Brasil vem tendo a infelicidade de presenciar.

## 6. Referências

BARROSO, Luis Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*. In: *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 37-73. 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. *O direito à saúde e a sua “curiosa” efetividade em Terrae Brasilis: Do desafio da realização da boa governança excessiva judicialização*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”)*. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. (Coords. J.J Gomes Canotilho; Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Barcha Correia). São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. *El Canon neoconstitucional*. Madri: Editora Trota. 2010.

CARNEIRO, Cláudio. *Compliance Tributário*. Disponível em <http://ibcompliance.com.br/index.php/2016/09/22/compliance-tributario/> Acesso em 20 de abril de 2017.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica*. In: Revista Trimestral de Direito Público, v. 1, n. 20, 1997.

CIVANTOS, Óscar Álvarez. *Las claves del Buen Gobierno em la Administración Pública*. Granada: Comares, 2010.

COASE, Ronald H. *The problem of Social Cost*. In: *3. Journal Law & Economics*. 1 (1960).

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. (Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley). Year 2007. Paper 05010710. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>. Acesso em 10 abril de 2017.

DUBOIS, Richard. *Inovações na gestão pública*. Saint Paul Editora: São Paulo, 2012.

ELY, John Hart. *Democracia and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press. 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York – London: Norton & Company. 2012.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2009. 73 p. Disponível em: Acesso em: 10 novembro de 2016. p. 19 e seguintes.

IFAC. *International Federation of Accountants. Study 13. Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*. 2001. Disponível em: Acesso em: 10 nov. 2016.

KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia* / Helga Hoffmann (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1985.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Portugal: Coimbra editora. 2000.

\_\_\_\_\_. *Nos 25 anos do 25 de abril. In: Constituição e cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 197-200.

MOELLER, R. R. *COSO Enterprise Risk Management: establishing effective governance, risk, and compliance processes*, 2ªed. Wiley corporate F&A. 2011.

MORATO GARCÍA, Rosa. *Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria de empresario*. Madrid: La Ley, 2011.

MOREIRA, Vital. *Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: Constituição e Democracia* (Org. Antonio Gomes Moreira Maués). Programa de Pós-Graduação e Direito da Universidade Federal do Pará, São Paulo: Max Limonada. P. 261-290. 2001.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

PARISI, F. *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*. European Journal of Law and Economics, 18: 259–272, 2004.

PLETI, Ricardo Padovini; DE FREITAS, Paulo César. *A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de "compliance" pelo ordenamento jurídico brasileiro*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI. 2015 – UFS DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/o9e87870/OS7Xu83I7c851IGQ>  
Acesso: 10 nov. 2016.

POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*. Madrid | Barcelona | Buenos Aires: Marcial Pons. 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogo com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SEGAL, S. *Corporate Value of Enterprise Risk Management: the next step in business management*. Wiley corporate F&A. 2011.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. *O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-21.