

1 INTRODUÇÃO

O cenário descortinado retratado nesse início de Século retrata uma inquietação sobre conceitos até a pouco tido como clássicos no Direito. Dentre estes podemos citar os atinentes aos limites e formas de atuação da Administração Pública e dos meios de intervenção estatal na economia.

Dentre os instrumentos que mais são passíveis de uma constante revisitação estão as empresas estatais. O cenário do mercado financeiro mundial faz com que seu papel e sua eficiência como *longa manus* do Estado na iniciativa privada sejam questionados cada vez mais.

Atuais escândalos de corrupção sistêmica, amplamente divulgados por meios de comunicação, envolvendo dirigentes de empresas estatais, fizeram com que surgisse a necessidade de adaptação de tais entidades ao modelo de mercado em voga principalmente a partir da segunda década deste século. Trata-se de um modelo baseado na integridade e transparência de gestão e atuação, criada sobretudo a partir de fatos danosos ao mercado cujos prejuízos alcançaram proporções mundiais justamente pela falta ou desajuste dos elementos anteriormente citados.

A edição da Lei 13.303/2016 trouxe às empresas controladas pelo Estado não apenas a necessidade de adaptação a estes novos tempos, mas também alcançou ao mercado um detalhamento dos programas de integridade, transparência e controles internos que colocam a referida legislação na vanguarda da regulamentação não apenas para os entes objeto de seu espectro, mas também para todos os demais integrantes do mercado. A análise do impacto de tal legislação, bem como a eventual responsabilidade estatal pela eventual não obediência às suas disposições é o objeto deste ensaio.

2 O COMPLIANCE: HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

No que tange ao aspecto econômico, nota-se a partir do século XIX, uma transformação do perfil do Estado surgido quando do liberalismo clássico, onde sua intervenção mínima era imposta pelo sistema de liberdades negativas ditadas pela burguesia, para um Estado atuante, assumindo tarefas positivas e serviços de cunho social e coletivo, decorrentes do conceito de cidadania, e regulador das relações socioeconômicas. O neoliberalismo trouxe a liberdade de imprensa, discurso e associação, o fim da escravatura, a liberdade religiosa, o incremento e universalização da educação, dentre outros motivos, preservando, no entanto, as conquistas do liberalismo original (STRECK e MORAES, 2010, p. 63-64).

Tais consecutórios resultaram em uma reação social de desejo de intervenção estatal na sociedade e na economia, algo completamente diverso do pregado pelas instituições burguesas do início da modernidade. Surgem, a partir do final do século XIX, os estados sociais, intervencionistas, que visam, de um lado, a proteção da sociedade contra as consequências indesejáveis do modelo liberal, bem como, de outro, a possibilidade da continuação das atividades capitalistas, evitando que este não entre em colapso, engolido por si mesmo. O poder público passa, então, *“a se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada”* (ibid, p. 70). Passa de um estágio de garantidor das atividades burguesas para um de promotor da justiça social.¹ Nesta época surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), de cunho positivo, ao contrário dos de primeira geração.²

A partir, sobretudo, da segunda metade do século passado, percebe-se uma alteração desse panorama. O cenário trazido em virtude da complexidade e velocidade das relações sociais e econômicas gerou o desfacelamento e esvaziamento dos contrapontos sistêmicos que historicamente se apresentavam ao sistema capitalista de mercado. Inegável que se verificou, ante a este cenário, a completa ineficácia das iniciativas estatais em acompanhar a velocidade das transações financeiras face a volatilidade do capital, o que gerou a busca de alternativas de controle do capitalismo pelo próprio capitalismo e autorregular-se.

Os mecanismos de controle postos com as novas alterações legislativas, originadas em tratados internacionais, como os já mencionados Tratados de Basiléia e o de Palermo, não apresentam origem em sistemas historicamente alternativos ao capitalismo, mas sim têm sua gênese advinda das entranhas do próprio sistema. Com a ausência, principalmente a partir do início deste século, de um contraponto efetivo ao capitalismo de mercado, os próprios instrumentos de controle e auto-regulamentação do sistema financeiro buscam frear a prática de condutas potencialmente cancerígenas ao regime.

Assim, o papel do Estado passou a ser o de mero homologador de normas e de decisões tomadas por órgãos de controle de natureza privada ou, no máximo, mista, qual sejam, órgãos de natureza regulamentadora com atuação privada – CVM, COAF, BACEN – dotados de uma nova espécie de Poder de Polícia Regulamentar.

¹ Segundo Pozzebon (2005, p. 141), há uma “mudança de perspectiva” na forma de se observar o papel do Estado como expectador/regulador das atividades sociais, “pois não se trata mais de liberdade contra o Estado, mas conquistável através dele”.

² O Estado, segundo Pozzebon (2005, p. 145-146), passa a ter sua função alargada, acrescentando às suas funções “a missão de resolver os múltiplos problemas existentes em uma complexa sociedade de massas, caracterizada pela rápida e constante mutação”.

Acerca do atual cenário dos controles internos e *compliance*, BOMFIM e BARREIRA constata, acerca do ambiente competitivo, que “os sistemas de controle, até então vigentes, mostraram-se inadequados para fazer face à velocidade e sofisticação dos novos instrumentos negociados no mercado” (CAPPELLARI e FIGUEIREDO, 2016, p. 99).

Como pilar de política de Governança Corporativa, o *Compliance* apresenta-se junto à transparência (*Disclosure*), prestação de contas (*Accountability*) e lealdade (*Fairness*). Candeloro e outros (2012, apud RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88) o conceituam como “o conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”. Trata-se de conceito que resulta da união entre economia, direito e ética (ibid., p.91).

Rotsch (2012) constata que o conceito de *Compliance* desenvolveu-se de uma forma vertiginosa, a partir do conceito matricial de Governança Corporativa, asseverando que tal descreve o marco regulatório para a direção e supervisão das empresas, e que a partir deste tópico “se discute tanto em Alemanha como a nível internacional acerca de los distintos sistemas generales en tanto que instrumentos de supervisión empresarial.(...)”.

No Brasil, pode-se trazer como marco inicial e evolutivo da adoção das políticas de governança – em uma época em que o conceito de *compliance* ainda não havia se formado – com a chamada Reforma Financeira, adotada nos primórdios do regime militar, consubstanciada através da Lei 4.595/1964, voltada para a dinamização e regulamentação do sistema financeiro nacional³. Assim, tem-se o complexo bancário-financeiro nacional como precursor do reconhecimento da necessidade de controles internos e de *Compliance* em suas atividades, na medida em que tais funções seguem um modelo administrativo-regulatório, primordialmente, com o cumprimento das determinações do Conselho Monetário Nacional, que se utiliza dos parâmetros dos Acordos de Basileia para editar as resoluções e de normas e regulamentos administrativos, como por exemplo, as Resoluções 2.554/1998 e 4.595/2017 do BACEN.

Em sede da legislação, pode-se citar como marcos legislativos na previsão de práticas

³ Dentre as medidas adotadas, a referida legislação transformou a Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc) em Banco Central do Brasil (BCB) e o seu antigo Conselho em Conselho Monetário Nacional (CMN), que seria presidido pelo ministro da Fazenda e composto por mais oito membros, entre eles os presidentes do Banco do Brasil e do atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ao novel Banco Central foram transferidas as competências referentes ao serviço dos meios de pagamento, exercidas anteriormente pela Caixa de Amortização, e os serviços da Carteira de Redescontos e da Caixa de Mobilização Bancária. Ao Banco do Brasil coube a manutenção do seu então papel de agente financeiro do governo federal para arrecadação de receitas e pagamento de despesas, com a criação da Conta Movimento.

de governança, vigilância e monitoramento na Lei Complementar 105/2001 (Lei do sigilo de informações de operações financeiras), nas Leis 12.683/2012 (Lavagem de Dinheiro), 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Estatais).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DIRETA

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente compilados e arrolados em seu Capítulo VII o arcabouço regulatório da Administração Pública em suas três esferas de atuação – federal, estadual e municipal -, destacando introdutoriamente os princípios norteadores de sua atuação junto ao caput do artigo 37, quais sejam, os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não obstante, o referido dispositivo também trouxe de forma inédita ao arcabouço legislativo nacional a previsão de limites na atuação de seus agentes, determinando a imputação de punições e responsabilidades por eventuais desvios de conduta que afrontem aos princípios anteriormente arrolados, através das disposições previstas em seus parágrafos 2º a 7º⁴. Especial destaque se apresenta a previsão do parágrafo 6º, onde há a previsão de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos causados por seus agentes a terceiros, resguardado direito de regresso em casos de dolo ou culpa.

A referida disposição constitucional trouxe uma mudança paradigmática na relação do papel da relação do Estado com seus governados, uma vez que não há expressamente uma diferenciação entre responsabilização por condutas comissivas ou omissivas estatais, fator este que eleva de modo substancial a importância da aplicação prática dos princípios da

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. § 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

proporcionalidade⁵, prevenção⁶ e precaução⁷ na atuação, sobretudo discricionária, dos agentes públicos⁸.

Nota-se uma evolução, por parte da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência constitucionais, no sentido de alargamento do espectro da responsabilidade do Estado pelo exercício omissivo ou comissivo de atos relacionados a doção de políticas específicas relacionadas à atividade estatal⁹. Tal aspecto vem se apresentando como uma força impulsionadora de adoção de novas práticas de administração pela esfera estatal com a implementação de novas tecnologias para o regimento e exercício de funções estatais das mais diversas naturezas¹⁰, em uma relação de causa e consequência cujo objetivo é não apenas a melhoria na prestação do serviço público, como também o repensar da própria natureza conceitual sobre o que seria abrangido com essa definição¹¹.

⁵ Freitas (2014, p. 91-93) arrola três subprincípios cuja confluência é necessária para a aprovação da situação posta no chamado teste da proporcionalidade. São eles o subprincípio da adequação entre meios e fins, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O autor também arrola os três elementos ou requisitos que, à luz da proporcionalidade, são necessários para a responsabilização estatal, no caso, a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional, o nexo causal e a conduta comissiva ou omissiva do agente.

⁶ Freitas (ibid, p. 119) esclarece, sobre o princípio da prevenção, “que a Administração Pública, ou quem faça suas vezes, na certeza de evento danoso, tem a obrigação de evita-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias.”

⁷ “O princípio da precaução, com a sua alta carga simbólica, acarreta o dever de a administração pública motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção do evento que supõe danoso, em face da fundada convicção (juízo de verossimilhança e de forte probabilidade), quanto ao risco de, se não for interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos (sociais, econômicos e ambientais) da eventual atividade interventiva”. (ibid, p. 122-123)

⁸ “O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos da discricionariedade, a omissão inconstitucional, isto é, a falta do exercício devido de competências discricionárias. De fato, a discricionariedade administrativa pode resultar contaminada por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão), no tocante à materialização das propriedades constitucionais vinculantes. Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira deficitária”. (ibid, p. 85)

⁹ Tendência essa bem apanhada por Freitas (2014), ao analisar decisões proferidas sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ “Sistemas baseados no Blockchain podem impor a eficiência e a integridade em registros de documentos de todos os tipos e muitos outros processos do governo. [...] Além dos serviços integrados, os governos poderiam registrar e gerir documentos com transparência e confiabilidade. [...] Bem como garantir a veracidade do documento, Blockchain, ao permitir o registro por meio de redes ponto a ponto iria amparar o autosserviço, em que as pessoas autenticam um documento pela rede, e não por meio de um escrivão, assim como serviço personalizado – quando você gera um documento oficial, isto automaticamente contém as suas informações relevantes e os direitos de acesso a essas informações, e rastreia quem o acessa e o utiliza nos metadados do documento” (TAPSCOTT e TAPSCOTT, , 2016, p. 249).

¹¹ “Os críticos do ‘grande governo’ estão certos em um sentido. Quando se trata de eficiência, os serviços e operações do governo têm um longo caminho a percorrer. Os governos estão organizados em departamentos que não compartilham informações. [...] O Blockchain pode melhorar o serviço ao cliente, aumentar a eficiência e melhorar os resultados enquanto permite integridade e transparência do governo. O potencial para melhorar todas as interfaces da administração pública é significativo, mas alguns são especialmente importantes no mundo em desenvolvimento, nos quais as autoridades estão estabelecendo novos processos e podem ultrapassar os sistemas de governos longos, estáveis e abertos.” (ibid, pg. 247)

Já é realidade em países como a Estônia¹² e Malta¹³ a adoção da plataforma Blockchain para a implementação de serviços que refogem em muito a sua concepção original, qual seja a mera circulação de moedas virtuais, com a praticamente totalidade das atividades decorrentes da administração pública em funcionamento nesse ambiente. No âmbito nacional, os debates para a regularização e adoção de novas tecnologias no espectro estatal estão ainda em grau incipiente, mas já estão na ordem do dia¹⁴.

4 A LEI 13.303/2016 E A OBRIGATORIEDADE DAS EMPRESAS ESTATAIS EM ADOTAR PROGRAMAS DE COMPLIANCE

A Lei 13.303/2016, conhecida como Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, veio a atender a previsão constitucional trazida no § 1º do artigo 173¹⁵. No entanto, seu espectro de incidência foi mais amplo do que o constitucionalmente determinado, vindo a se tornar um verdadeiro diploma regulador das políticas de governança corporativa das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias nos três espectros de atuação estatal.

Seu texto trouxe de maneira inédita na legislação nacional não somente a determinação da adoção de políticas de *compliance* às empresas estatais, mas também, e principalmente, as diretrizes e requisitos mínimos para a implementação de tais programas. Dentre os aspectos em destaque estão os requisitos mínimos de transparência a serem observados, em seu artigo 8º¹⁶,

¹² “Os líderes da Estônia criaram sua estratégia de e-governo em torno da descentralização, interconectividade, abertura e cibersegurança. O objetivo foi criar uma infraestrutura ‘à prova de futuro’, capaz de acomodar o novo. Todos os residentes podem acessar informações e serviços on-line, usar sua identidade digital para conduzir negócios e atualizar ou corrigir seus registros governamentais. Ainda que boa parte do trabalho da Estônia seja anterior ao Blockchain, o país introduziu uma infraestrutura de assinatura sem chave que se integra perfeitamente com a tecnologia Blockchain”. (ibid, pg. 241)

¹³ Sobre a aprovação da regulamentação do Blockchain na República de Malta, disponível em <<https://www.ccn.com/exclusive-maltese-government-approves-three-cryptocurrency-bills/>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁴ Sobre a evolução do processo de regulação do uso do Blockchain pelo Congresso Nacional, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/559297-DEPUTADOS-E-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-REGULAMENTACAO-DO-USO-DA-TECNOLOGIA-BLOCKCHAIN.html>>. Acesso em 23 jun. 2018.

¹⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

¹⁶ Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de

bem como as regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno em seu artigo 9º¹⁷. Do mesmo modo, o Decreto 8.945/2016¹⁸, que regulamenta a referida legislação,

Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas; V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração; VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III; IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade. § 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput. § 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão: I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos; II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil. § 3º Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas. § 4º Os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.

¹⁷ Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores. § 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. § 3º A auditoria interna deverá: I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras. § 4º O estatuto social deverá prever, ainda, 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.

¹⁸ Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico

pormenoriza tais disposições em seus artigos 13 (transparência) e 15 a 20 (gestão de riscos e controle interno).

Segundo o Boletim das Empresas Estatais Federais, editado pelo Ministério do Planejamento (2017), em 2016, ano de edição da referida legislação, haviam 154 empresas estatais, sendo 18 dependentes, 30 não dependentes e 106 subsidiárias. Desse total, 87 eram vinculadas ao Ministério das Minas e Energia, 27 ao Ministério da Fazenda, 10 ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, 8 ao Ministério da Ciência e Tecnologia, Inovações e Comunicações e o restante dividido em outros 8 Ministérios e Secretarias, bem como 136 atuavam no Setor Produtivo e 18 no Setor Financeiro.

A previsão legal da obrigatoriedade de adoção das políticas descritas nos parágrafos anteriores faz com que seja imputada à administração pública *lato sensu* a responsabilidade por eventual omissão direta na implementação de tais medidas e, principalmente, na causa de prejuízos a terceiros, não apenas dentro do âmbito de atuação específico de cada estatal, mas principalmente em relação aos demais agentes do mercado, sejam de natureza pública ou privada, concorrentes da entidade infratora.

Neste cenário, essencial importância pode ser conferida à atuação da Controladoria Geral da União, órgão que, juntamente com o Ministério da Transparência, são os responsáveis pela fiscalização da implementação e execução dos programas de integridade atinentes às entidades da administração direta e indireta da União, conforme os termos do artigo 13 do Decreto 8.240, de 18 de março de 2015¹⁹, que veio a regulamentar a Lei 12.846, de 01º de agosto de 2013.

A atuação do referido órgão se dá tanto em caráter preventivo, consistente na elaboração de diretrizes a serem adotadas por mais de 350 órgãos e entidades ligadas ao Governo Federal através do Programa Geral de Integridade da Administração Federal²⁰, bem como do

da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁹ Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência: I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível. § 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no caput, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias: I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; III - complexidade, repercussão e relevância da matéria; IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal. §2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.

²⁰ Conforme disposto na Portaria nº 1.089/2018, que regulamenta o Decreto 9.203/2017, que em seu artigo 20 determina expressamente que “O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor deste Decreto, estabelecerá os procedimentos necessários à

fornecimento de dados e informações para a implementação de programas similares para entidades públicas ou privadas²¹, como em caráter repressivo, atuando na fiscalização e avaliação dos programas já elaborados e postos em prática por entidades integrantes da administração pública.

Exemplo a ser citado da atuação em caráter repressivo-fiscalizatório da Controladoria Geral da União na avaliação dos programas já postos em prática é o Projeto Piloto da entidade consistente na elaboração de auditoria visando avaliar a existência, a qualidade e a efetividade de políticas e programas voltados à prevenção, detecção e remediação de fraudes e atos de corrupção, que teve como objeto os Programas de Integridade elaborados por quatro estatais, quais sejam, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Banco do Nordeste - BNB, Eletronorte e Furnas.

O referido trabalho teve como referência tanto a conceituação quanto os parâmetros previstos os artigos 41²² e 42²³ do Decreto 8.420/2015, onde foram atualizados um total de

estruturação, à execução e ao monitoramento dos programas de integridade dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

²¹ Exemplo disso são as publicações e cartilhas disponíveis no website da instituição, disponíveis em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

²² Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

²³ Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos

quinze itens, agrupados em cinco dimensões, quais sejam, Desenvolvimento do Ambiente de Gestão do programa de Integridade, Análise Periódica de Riscos, Estruturação e implantação de Políticas e Procedimentos do Programa, Comunicação e Treinamento e Monitoramento do Programa.

Sobre os resultados apurados, o Relatório de Avaliação da Integridade em Empresas Estatais nº 201503942, que analisou o Programa de Integridade adotado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT apontou fragilidades no programa examinado, recomendando à empresa auditada a elaboração de um “Plano de Ação geral, após a efetiva estruturação dos setores responsáveis, com todas as providências que serão adotadas para o fortalecimento dos valores éticos e de integridade assumidos pela empresa[...]” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016a, p. 89), com a apresentação de um cronograma de estimação de adoção das referidas medidas e a indicação dos responsáveis por cada atividade, além da determinação de acompanhamento periódico de sua implementação pela própria Controladoria Geral da União.

Conclusões semelhantes se detectam quando da análise dos relatórios correspondentes às outras três instituições avaliadas. A auditoria realizada no Banco do Nordeste detectou a ausência de um Plano de Integridade formalmente constituído, muito embora grande parte das medidas encontram previsão nos normativos internos da instituição, decorrentes, em sua maioria, da regulamentação do Banco Central. Mesmo assim, “foram identificadas algumas medidas que precisam ser atualizadas em decorrência de legislação mais recente que ainda não havia sido incorporada pelo Banco, tendo sido recomendado nos itens específicos às áreas em que foram detectadas tais ocorrências” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016d, p. 89). Em relação à Eletronorte, foi detectada que a empresa possui algumas normas sobre prevenção da corrupção e fraudes em seu arcabouço normativo, porém “a avaliação de sua

políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**. § 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

adequabilidade e efetividade, em alguns casos, restou prejudicada em razão da incipiência da aplicação dessas medidas e políticas no âmbito da empresa [...] (bem como) as medidas aprovadas são insuficientes, não estando demonstrada a existência de todas as medidas essenciais de um programa de integridade” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016b, p. 70). Por fim, detectou-se que Furnas possui um Programa de Integridade e Compliance formalmente instituído e aprovado pela Alta Administração, contando “com políticas e medidas de integridade que visam mitigar casos de corrupção, desvios ou irregularidades, todavia, a aplicação se dá de maneira esparsa e não integrada [...]” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016c, p. 64), acarretando no impedimento da adoção, pela empresa de “sistema único que permita uma visão global sobre situações de vulnerabilidade ou pontos críticos que mereçam atuação da Alta Administração” (Ibid, p. 64), recomendando-se a elaboração de um “Plano de Ação com todas as providências que serão adotadas para o fortalecimento dos valores éticos e de integridade assumidos pela Empresa [...] (devendo este) apresentar um cronograma e os responsáveis por cada atividade” (Ibid, p. 64).

O trabalho teve prosseguimento com a extensão das atividades de Auditoria em mais 26 estatais durante o ano de 2016²⁴, além do lançamento dos Programas de Integridade próprios por parte do Ministério da Transparência e da Controladoria Geral da União, bem como a promulgação da Portaria nº 1.089/2018, regulamentando do Decreto nº 9.203/2017 estabelecendo procedimentos gerais para estruturação, execução e monitoramento de programas semelhantes em órgãos e entidades do Governo Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o cenário em constante evolução anteriormente descrito, nota-se uma necessidade de adaptação da administração pública em adequar, não apenas os serviços por ela prestados, mas principalmente as diretrizes de sua atuação, à diretrizes típicas da atividade privada,

²⁴ No caso, Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebsers), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras), Caixa Econômica Federal (CEF), Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), Banco da Amazônia (BASA), Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), Centro de Excelência em Tecnologia Eletrônica Avançada (CEITEC), Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf), Empresa de Planejamento e Logística (EPL), Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre (Trensurb), Eletrosul, Eletrobras, Eletronuclear, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf), Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), Eletrobras Distribuição Alagoas (Ceal), Eletrobras Distribuição Piauí (Cepisa), Eletrobras Distribuição Amazonas (Ceam), Eletrobras Distribuição Roraima (Bovesa), Eletrobras Distribuição Acre (Eletroacre), Eletrobras Distribuição Rondônia (Ceron) e Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS).

necessitando sejam repensados os princípios básicos atinentes à atuação pública, sobretudo no que se refere à interesse e patrimônio público.

Os conceitos referentes ao *compliance*, transparência e governança são próprios da iniciativa privada, onde os agentes estatais, pelo menos no âmbito nacional, não demonstram possuir expertise e dinamismos de atuação próprios do mercado. Tratam-se de definições em constante mutação, atualmente tidos como apenas uma das etapas do chamado monitoramento empresarial, processo esse que envolve toda uma gama de investigação de atividades de uma organização para indicações de abuso de mercado, incluindo manipulação de mercado, uso de informações privilegiadas e uso indevido ou divulgação de Informações Não-Públicas Relevantes, etc. (CHARTIS RESEARCH LTD., 2017, p. 07). Necessária cada vez mais o treinamento e adaptação de prepostos das entidades estatais, sejam de cargos diretivos ou meramente operacionais, aos mecanismos de funcionamento do mercado.

Por fim, entende-se ser perfeitamente razoável a aplicação dos ditames do artigo 37, § 6º da Constituição Federal pelo agir omissivo da principal controladora da empresa estatal em danos decorrentes da não adoção das políticas de transparência e governança causados a terceiros, devido à obrigatoriedade legalmente prevista na legislação sob análise.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988;

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe 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. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 01 jul. 2016;

BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe 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. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 04 jan. 2017;

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 23 nov. 2017;

CÂMARA DOS DEPUTADOS. RÁDIO CÂMARA. **Notícia: Deputados e especialistas defendem regulamentação do uso da tecnologia blockchain.** Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/559297-DEPUTADOS-E-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-REGULAMENTACAO-DO-USO-DA-TECNOLOGIA-BLOCKCHAIN.html>>. Acesso em 23 jun. 2018.

CAPPELLARI, Álisson dos Santos e FIGUEIREDO, Vicente Cardoso de. O criminal compliance como instrumento de prevenção da criminalidade econômica no âmbito das instituições financeiras. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, n. 06. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

CCN.COM. **Notícia: Exclusive: Maltese Government Approves Three Cryptocurrency Bills.** Disponível em <<https://www.ccn.com/exclusive-maltese-government-approves-three-cryptocurrency-bills/>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

CHARTIS RESEARCH LTD. The Future of Trader Surveillance: The ABCD os Successful Surveillance. **EY Trader Surveillance Report**. Londres, 2017. Disponível em <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trader-surveillance-report/\\$FILE/EY%20Trader%20Surveillance%20report.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trader-surveillance-report/$FILE/EY%20Trader%20Surveillance%20report.pdf)>;

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Coleção Programa de Integridade**. Brasília (2015). Disponíveis em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Relatório de Avaliação da Integridade em Empresas Estatais nº 201503942**. Brasília (2016). Disponível em <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7638.pdf>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Relatório de Avaliação da Integridade em Empresas Estatais nº 201503925**. Brasília (2016). Disponível em <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7639.pdf>>.

Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Relatório de Avaliação da Integridade em Empresas Estatais nº 201503923.** Brasília (2016). Disponível em <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7640.pdf>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Relatório de Avaliação da Integridade em Empresas Estatais nº 201503928.** Brasília (2016). Disponível em <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7641.pdf>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Notícia: CGU avalia políticas de integridade de quatro estatais.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/02/cgu-avalia-politicas-de-integridade-de-quatro-estatais>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Notícia: Ministério da Transparência lança Programa de Integridade.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/11/ministerio-da-transparencia-lanca-programa-de-integridade>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Notícia: CGU divulga Plano de Integridade com medidas para prevenir e tratar riscos.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-divulga-plano-de-integridade-com-medidas-para-prevenir-e-tratar-riscos>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

_____. **Notícia: CGU lança regulamentação para programas de integridade no Governo Federal.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal.** 2005. 569 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul, Porto Alegre, 2005;

RIBEIRO, Márcia Clara Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 52, n. 205, 2015;

ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. In Revista para análisis del derecho Indret. Barcelona, Janeiro de 2012. Internet: Disponível em <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>, acesso em 13.11.2012;

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.