

Programa de *Compliance* ou Programa de Integridade, o que isso importa para o Direito brasileiro?

Antonio Fonseca*

Resumo

Um sistema de gestão da ética contribui para que as pessoas de uma organização façam o que é certo, pois são treinadas em normas, políticas e valores e são instruídas a usarem ferramentas de controle interno. Os indivíduos são influenciados por seus relacionamentos no ambiente de trabalho, bem como estão expostos a uma rede de influência externa. O que leva as pessoas a fazerem o que é correto? Fazer o certo por convicção é importante, pois gera fortes atitudes que servem como exemplos a serem seguidos. Mas, também, é valioso se fazer o certo, a despeito de qualquer convicção. O texto discute as noções de *compliance* e de integridade. No que diz respeito ao significado de *compliance*, sindicado na experiência norte-americana, o que é correto está associado ao cumprimento da norma. A prevenção da corrupção no Brasil fundamenta-se na integridade, cujo sentido está associado a princípios, valores e aspirações; isso é fomentado pela tradição do Direito privado brasileiro. O artigo sugere que fazer o certo por convicção corresponde a alto padrão de moralidade. Mas, para o Direito, fazer o certo tem valor independentemente da vontade, que somente é considerada em situações específicas. Isso significa dizer que a vontade é determinante para a validade do ato ou o resultado de sua ação. Prevenir a corrupção, para além de agir corretamente por convicção, requer fazer o que é certo em resposta aos riscos do negócio e aos resultados dos quais os *stakeholders* se beneficiam, no sentido mais amplo possível.

Palavras-chave: *compliance*. Integridade. Prevenção à corrupção. Tradição jurídica. Gestão da ética.

1 Introdução

No Direito brasileiro, o termo “integridade” aparece pela primeira vez na Lei 12.846, de 2013, também chamada de Lei Anticorrupção. Ao

tratar da aplicação das sanções, no capítulo da “responsabilização administrativa”, o art. 7º da lei estabelece que serão levados em consideração vários elementos, que podem agravar ou mitigar a penalidade. Um desses elementos é:

[...] 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 [...] (inciso VIII).

A Lei ainda estabelece que:

Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (Parágrafo único do art. 7º).

Esses dados constituem a base legal do chamado programa de integridade. Wagner Giovanini, ao se referir à lei brasileira, escreve:

[...] nunca se falou tanto no País em sistemas de *compliance*. Porém, a lei brasileira não está baseada no *compliance*, mas sim, na integridade. Esse conceito é mais abrangente que o primeiro, pois estabelece a necessidade de fazer o certo por convicção e não por imposição da lei. Ser íntegro pressupõe-se alinhamento com caráter, honestidade, ética, moral. Portanto, um mecanismo de integridade vai além de simplesmente cumprir leis e códigos, sendo, dessa forma, mais amplo que o *compliance* [...] (GIOVANINI, 2017).

O autor sugere que programa de integridade implica um grau de efetividade mais profundo do que programa de *compliance*. A sua expressão “fazer o certo por convicção e não por imposição de lei” deve ser confrontada com o fato de que a Lei Anticorrupção, tendo optado pelo termo integridade, não torna o programa obrigatório.

Ainda não se discutiu o bastante o papel da integridade na Administração Pública brasileira e na atividade privada. Essa discussão, após a edição da Lei 12.846/2013, parece necessária e urgente. Antes mesmo dessa lei, o Poder Executivo Federal instituiu um sistema de gestão da ética (BRASIL, 2007). Esse sistema também é pouco conhecido e discutido, pois foi adotado para atender a compromissos

* Subprocurador-Geral da República. PhD em Direito (Universidade de Londres). Mestre em Direito (Universidade de Brasília). Membro sênior do Ministério Público Federal. Presidente do Conselho de Ética do Instituto Ética Saúde. Advogado e consultor em Sistema de Ética & Compliance.

internacionais e não como uma escolha consciente de política doméstica. Ao contrário do Brasil, nos países europeus tem havido considerável discussão, nos últimos anos, sobre o papel da ética na gestão pública. Como afirma Aive Pevkur, da Estônia, “no leste europeu, as questões de ética e integridade apareceram junto com mudanças nos sistemas de administração pública (PEVKUR, 2007)”.

Existe uma forte demanda para revisão dos valores culturais em várias partes do mundo ocidental, sobretudo em função da adesão dos países às convenções internacionais de combate à corrupção. Antes de o Brasil aderir a essas convenções, a discussão do Projeto do Código Civil brasileiro de 2002 registrou uma preocupação com a eticidade, nas palavras dos civilistas modernos¹. Isso é retratado na exposição de motivos de Miguel Reale, supervisor da comissão.² Essa preocupação, no entanto, não se viu no processo de elaboração e aprovação do projeto de lei que se converteu na Lei Anticorrupção³.

¹ Colhe-se na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “Introdução ao Direito Civil”: “Na estrutura do Código Civil em vigor, o paradigma da eticidade pode ser vislumbrado em diversas passagens, sempre iluminadas pela ideia de construção de uma solução concreta, principalmente, por meio das cláusulas gerais. Veja-se, como exemplos disso, a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e o abuso de direito (CC, art. 187)”, p. 56.

² “Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, fima os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal com se dá no presente Anteprojeto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concreção jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou concreto se balance e se dinamize com o serial ou coletivo, numa unidade superior de sentido ético. [...] A ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos ‘fatos sociais’ ‘in fieri’.” (Passagens da Exposição de Motivos do Anteprojeto, pp. 32-33.)

³ A disposição do texto legal atinente à integridade não mereceu qualquer atenção ou discussão particular. A redação do atual art. 7º, inciso VIII, da Lei 12.846/2013 foi mantida e aprovada conforme o texto do anteprojeto. Todos os documentos assinalaram o fato de que a lei destinava atender os compromissos internacionais de punir de forma efetiva as pessoas jurídicas pela prática da corrupção. Isso está destacado na exposição de motivos assinada pelos dois representantes das pastas da então CGU e AGU, e os relatórios dos congressistas que examinaram o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL 6.826/2010) e no Senado Federal (PLS 649/2013). No relatório do Senado, registrou-se que o texto foi

As mudanças geradas pela nova lei, como se vê, foram muito mais frutos dos compromissos internacionais. A pouca consciência ética acerca do impacto demanda uma revisão do papel da integridade, a fim de tirar da lei tudo que o seu fundamento pode dar. Esse é o cenário que inspira o presente trabalho. O artigo discute os conceitos de *compliance* e integridade e avalia as suas implicações para a construção do instituto do programa de integridade no Direito brasileiro.

2 Noções de *compliance* e de integridade

2.1 *Compliance* na impressão do americano médio

As noções de *compliance* e integridade são a seguir introduzidas por Marcy Maslov, de forma coloquial como costuma tratar os assuntos nas suas palestras sobre ética para executivos. Diz a autora:

Palavras têm poder. Elas têm contexto, inspiram emoção e reação intangível, subconsciente e instintiva que nem sabemos como distinguir, mas que afeta o modo como pensamos, interpretamos, falamos e agimos. As ações, escolhas e decisões das pessoas podem ser justificadas com base no poder das palavras escritas e suas interpretadas nuances, sejam positivas ou negativas. As palavras realmente têm poder para a pessoa média (MASLOV, 2017).

Acerca do termo *compliance*, a autora pondera:

Quando se fala *compliance* o que instintivamente vem à tona? É uma reação positiva ou negativa? Para a maioria das pessoas, *compliance* significa algo compulsório e, portanto, alguma coisa desagradável ou indesejável. *Compliance* implica ausência ou de alguma forma limitação da liberdade, ou que existe alguma regra que temos que seguir. Isso pode ser bom ou ruim. Mas muita gente toma isso como mau. É a questão dos códigos de conduta: quantas pessoas voluntariamente estariam dispostas a ler se para fazer isso não existissem algumas exigências de *compliance*, sem se meterem em algum tipo de problema (MASLOV, 2017)?

Quanto à integridade (*integrity*), Marcy escreve:

Quando eu falo a palavra integridade o que instintivamente surge? O que sinto com essa palavra?

inspirado na lei norte-americana e na legislação do Reino Unido, e que as melhorias ocorridas nas duas Casas destinaram a reforçar os “incentivos à criação de mecanismos de *compliance* e acordos de leniência”, nas palavras do Senador Ricardo Ferraço” (Parecer em Plenário 649 ao PLC 39, de 2013, ou PL Anticorrupção)

É algo mais aberto que oferece mais possibilidade? Mais positivo? Este é um atributo que você valoriza ou de que se orgulha? Para a maioria das pessoas, esta palavra gera uma reação positiva. No mínimo por quatro anos tenho usado no meu cartão de visita o título “Promotor-chefe de integridade” (*Chief Integrity Builder*), e isso sempre me rende um comentário. É notado, gera questões do tipo o que faço para construir integridade; acende curiosidade.” – Pelo contrário, acrescenta ela: “As sindicâncias de *compliance*, de ética e auditorias deixam as pessoas desconfortáveis, mesmo que não tenham feito nada de errado. Promotores da integridade buscam comportamentos positivos (MASLOV, 2017).

A abordagem da autora é interessante do ponto de vista de um profissional americano, que registra a impressão da pessoa média acerca da atividade de gestão de ética e *compliance* ou, em outras palavras, da gestão de integridade. Mas o tratamento profissional, com profundidade, dessa gestão no âmbito corporativo, qualquer que seja o título que se lhe dê, pode ser prazeroso, desafiante ou até constrangedor. Tudo depende da natureza das tarefas, no nível preventivo ou repressivo, destinadas a mudar, alimentar e corrigir uma cultura organizacional anticorrupção. Isso poderá ser demonstrado, na sequência desse trabalho, ao analisar o conceito objetivo de integridade e a dimensão de *compliance* na experiência jurídica americana.

2.2 Integridade e seus elementos objetivos

A discussão acerca da integridade é baseada no livro de Muel Kaptein (KAPTEIN, 2014). Ele é pesquisador e também consultor no assunto; além de dar suporte a organizações nos setores público e privado, ele é também auditor profissional. A sua obra relaciona integridade a 15 conjuntos de elementos ou circunstâncias:

- Regras, moralidade e ética;
- Comportamento e caráter;
- Abordagem de avaliação;
- Modelos;
- Ideais e pontos de vista;
- Riscos do meio e do poder;
- Lealdade;
- Desejo de servir;
- Responsabilidade e responsabilização;
- Entre normas e práticas;
- Lidando com dilemas;

- Importância da integridade;
- Lidando com o malfeito;
- Antes e depois do cargo (serviço);
- Outros níveis.

Não é apropriado nesse espaço relatar nem analisar toda a obra do autor. Apenas vale destacar que o seu estudo da integridade resume um conjunto de reflexão, envolvendo todos os itens acima, que começa com a afirmação de que o representante do Estado ou do Governo é um servo do povo. Representante é usado no sentido amplo: autoridades, funcionários dos órgãos públicos, voluntários, qualquer agente que detém ou utiliza uma parcela de poder. Porque existe uma tentação de abusar desse poder, a integridade é necessária. Ao invés de conceituar integridade, busca-se abordar todas as suas facetas.

Integridade aspira a virtudes; nela residem valores. Mas a integridade também é obedecente a todas as categorias de regras, escritas e não escritas. O estudo completo de integridade termina relacionando cidadãos, sociedade, organização e Estado ou a máquina que o anima: o governo; acerca de cada um, o autor afirma (KAPTEIN, 2014):

- Cada pessoa é responsável por sua integridade, tem direito a ela e deve respeito à integridade dos outros;
- Uma sociedade deve ter objetivos e um projeto que demonstrem integridade;
- A integridade, revelada no projeto da organização, é importante para a avaliação da integridade dos agentes públicos;
- Os agentes públicos servem verdadeiramente à sociedade, promovendo a sua harmonia e dialogando com ela.

Como parte da disposição legal, integridade se destaca como norma-princípio. Daí a necessidade de mapear os seus contornos axiológicos, ordinariamente capturados pela regulação e pelas instâncias decisórias. No centro desse princípio está o homem, consciente do seu papel, da sua missão nas organizações, na família e na sociedade. A consciência do certo passa por um juízo interno que por meio da ação exterioriza um resultado, que expressa em si um valor independentemente do

juízo interior e da virtude que reside nesse juízo⁴. As entidades são criações abstratas, que ganham vida com as pessoas. Por isso, a integridade como atributo humano pode também ser transferida às organizações. Uma organização íntegra é formada por pessoas íntegras.

Ultrapassadas as noções gerais de *compliance* e integridade, avança-se na análise dos dois sistemas de gestão de ética, isto é, o programa de *compliance* como instituto jurídico da experiência norte-americana, e o programa de integridade, como instituto do Direito brasileiro.

3 Programa de Compliance e Programa de Integridade

3.1 Compliance and Ethics Program (USSC Guidelines Manual)

A base autorizada que resume a experiência americana do *Compliance and Ethics Program* é o “Guidelines Manual” (USA, USSC, 2015). Esse documento oficial é o repositório das boas práticas para um efetivo programa de ética e *compliance*.

No USSG a palavra *Compliance* vem na frente de *Ethics*, formando a expressão *Compliance and Ethics Program*. Mas é comum encontrar nos comentários a palavra *Ethics* no começo da expressão. Quem esclarece isso é Michael Volkov (VOLKOV, 2015).

Ética é um conceito mais amplo e um princípio que guia compliance. Assim, opina Volkov:

I want a company to reinforce the term ethics and ethical at every opportunity and I want to make sure that we, as an organization, are more than compliant, we are ethical (VOLKOV, 2015) [...].

E explica:

O perigo de enfatizar *compliance* sobre ética é baixar a barra de resultado [do sistema], o que significa que ser ético tudo que temos a fazer é cumprir com a lei. Isso é um perigo real de perda de uma oportunidade. Se uma empresa pugna por uma cultura ética, então a empresa está definindo

um objetivo otimístico, colocando desafios para ela mesma, seus dirigentes e empregados, e fazendo a todos a pergunta: estão fazendo a coisa certa ou simplesmente o mínimo legal? (VOLKOV, 2015).

De volta ao *Guidelines Manual*, fazer o certo deve ser parte da cultura organizacional. Pela conduta ética, o administrador revela o seu compromisso com a lei, não com a integridade. É para isso que o sistema ou programa é projetado, com base nos riscos, implementado e cumprido (*enforced*) (USA, USSC, 2015, letra a).

Segundo a linguagem da política oficial, esforços razoáveis (*reasonable efforts*) são esperados na avaliação de ações pregressas, durante o processo de contratação de dirigentes, empregados ou colaboradores. Também faz parte da linguagem da política a expressão “iniciativas razoáveis” (*reasonable steps*) devem ser tomadas para a efetiva comunicação e treinamento das pessoas, bem como na promoção de melhoria do sistema de *compliance*, e ainda para que todos obedeçam as políticas internas e o programa seja monitorado e auditado e consistentemente operacionalizado (USA, USSC, 2015, letra b 3-7).

A “razoabilidade” das ações da instância interna da organização contém uma dimensão ética do sistema de *compliance* americano.

3.2 Programa de Integridade à luz da legislação brasileira

O regulamento da Lei Anticorrupção brasileira trata do programa de integridade nos arts. 41 e 42, os quais repetem a lei na parte que trata do instituto. Nada no Decreto 8.420/2015, para além do termo integridade, se encontra como elemento de valor das ações do agente público ou privado destinadas ao desenvolvimento de sistema ou programa de integridade. Uma leitura dos guias⁵ emitidos pelas autoridades mostra que eles não revelam qualquer preocupação em explorar a dimensão axiológica da integridade como norma-princípio. A esse respeito, algo expressivo se encontra no “Referencial de

⁴ A concretude da escolha humana pode ser percebida e avaliada com base em sinais exteriores, no contexto ou nas circunstâncias que envolvem a tomada de decisão. Na entrega de valor, feita pelo homem íntegro e pelo administrador probo, existe um resultado que reflete ou deve refletir uma ética circunscrita aos bons costumes, à boa-fé ou ao fim econômico e social; isso é a última *ratio* do sistema jurídico brasileiro.

⁵ No site <<http://www.cgu.gov.br/>>, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU é possível encontrar informações sobre vários instrumentos de orientação. Existem a coleção de Cartilhas sobre Integridade e a coletânea sobre mecanismos de integridade para empresas privadas, estatais e Administração Pública. O Ministério também mantém um Programa de Fomento à Integridade oferecido à adesão de órgãos públicos (Profip) e o programa de fomento à integridade das empresas (Pró-Ética), além de outros.

Combate a Fraude e Corrupção” do TCU⁶. O documento reproduz a visão da Corte de Contas acerca de cultura ética e integridade⁷.

O resumo do TCU é fiel às boas práticas internacionais citadas na página 9 do mesmo documento. Tais práticas são recepcionadas pela tradição legal brasileira, à luz da qual deve se dar a sua leitura. Um sistema de integridade, enquanto convenção privada ou pública, tem reflexos nas relações entre cidadãos, entre agentes econômicos e entre todos esses e o Estado e a sociedade. Daí o sistema de prevenção à corrupção, fundado na integridade, abre espaço à concretização dos princípios da boa fé objetiva, do abuso de direito, da função social do contrato, dos princípios que regem a Administração Pública e a República,⁸ além dos princípios da governança.⁹ Esse estoque principiológico indica o tamanho do desafio da gestão da ética no Brasil.

3.3 Quadro comparativo

Do ponto de vista do quadro formal da legislação, não existe diferença essencial entre o *Compliance and Ethics Program* americano e o Programa de Integridade brasileiro. Isso não é surpresa, pois o legislador brasileiro, para atender os compromissos internacionais, inspirou-se nas experiências disponíveis. A aparente simetria, porém, não isenta os dois regimes de dessemelhanças. É isso que mostra o quadro abaixo que resume os respectivos requisitos.

Compliance and Ethics Program USSG §8B2.1	Programa de Integridade Dec. 8.420/2015, art. 42
1. <i>A alta autoridade da organização deve dar o tom (exemplo)</i> – Ter conhecimento do conteúdo e do funcionamento do programa; exercer razoável supervisão da implementação e efetividade do programa; assegurar os recursos e as condições necessárias [...]	1. <i>Comprometimento da alta direção</i> da pessoa jurídica
2. <i>Padrões de conduta, políticas e procedimentos escritos</i> – Estabelecer e praticar tal requisito como compromisso da organização.	2. <i>Padrões de conduta</i> – código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a empregados administradores, terceiros, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
3. <i>Designar um indivíduo para servir de agente de compliance</i> – Alguém responsável pelo funcionamento do programa e sua operacionalização no dia a dia; que desenvolva todos os esforços para o seu cumprimento, com o auxílio de um comitê de ética; que se reporte direta e periodicamente à alta direção; e ao qual seja assegurado recurso e autoridade adequados para desenvolver o seu trabalho.	3. <i>Treinamentos periódicos</i> e comunicação interna.
4. <i>Canal de colaboração e consulta anônima acerca de problemas</i> – Os indivíduos devem ser encorajados, mediante ampla divulgação da existência do canal, a relatar malfeitos com garantia de não retaliação e do anonimato.	4. <i>Mapeamento de riscos</i> , sua renovação e análise periódicas.
5. <i>Educação e treinamento acerca do programa</i> – A organização deve cumprir com o compromisso de treinar continuamente os empregados de todos os níveis, disseminando informações apropriadas acerca do seu papel e responsabilidades.	5. <i>Controles e registros contábeis</i> completos e precisos, inclusive controles internos e procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no processo licitatório.
6. <i>Avaliar auditar e monitorar</i> – Os processos e procedimentos devem ser avaliados continuamente para detectar potenciais problemas e resolvê-los de acordo com ações apropriadas, melhorando o programa.	6. <i>Agente responsável</i> pela instância de integridade, sua independência, estrutura e autoridade.

⁶ Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.auditoria.mpu.mp.br/audin/Referencial%20de%20combate%20a%20fraude%20e%20corrup__o%20web.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

⁷ O longo texto pode ser assim resumido: “*Ética organizacional decorre dos valores e princípios da organização. Os valores organizacionais são, usualmente, expressos por intermédio de suas principais crenças, que ficam subjacentes às suas escolhas, como a defesa do interesse público, a imparcialidade, a transparência e o accountability, devendo ser normatizados por intermédio de códigos de ética.*” Idem, p. 31.

⁸ CF, arts. 1º, 3º e 37, *caput* e § 4º; Código Civil, arts. 187, 421 e 422.

⁹ É consenso que os seguintes princípios são a base da governança privada e pública: legitimidade, equidade, responsabilidade, eficiência, probidade, transparência e *accountability*. Ver “Governança Pública: o desafio do Brasil”, 2. ed., pp. 182-183, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Compliance and Ethics Program USSG §8B2.1	Programa de Integridade Dec. 8.420/2015, art. 42
7. <i>Desenvolvimento de medidas disciplinares</i> – Os empregados que não cumprirem com os deveres de <i>compliance</i> devem ser punidos de acordo com os procedimentos internos.	7. Canal de denúncia de irregularidades.
8. <i>Dever de diligência para conhecer os seus dirigentes e agentes</i> – Ao contratar seus executivos e representantes, a organização deve diligenciar, previamente, para levantar possível envolvimento deles com atividades ilícitas ou condutas incompatíveis com as políticas internas e lidar com eventual conflito de interesse.	8. <i>Medidas disciplinares</i> para corrigir violações.
9. <i>Treinar parceiros/terceiros ou ministrar-lhes informações</i> – Incumbe à organização conhecer os seus parceiros e, sendo o caso, ministrar treinamento acerca das políticas internas.	9. <i>Diligências apropriadas</i> para contratação.
10. <i>A organização deve identificar riscos de não compliance</i> – Para cada risco em potencial, ações mitigadoras devem ser estabelecidas; os riscos identificados, classificados e avaliados são os mais significativos.	10. Monitoramento contínuo do programa de integridade.

O regime brasileiro de prevenção à corrupção deve buscar a sua identidade no amplo espectro do Direito brasileiro. É nele que se haverá de perscrutar toda a dimensão do fazer o certo, objetivamente, isto é, operando a realidade sensível, e abstratamente — operando com as qualidades e relações das pessoas e das coisas.

4 Fazer a coisa certa em função de riscos

4.1 Ética na sociedade de riscos

O livro de Ulrich Beck (*Risk Society*) contribuiu para se firmar, na década de 1990, a percepção de que a sociedade industrial incorporou o risco na forma de vida, marcada pelos frutos da ciência e da tecnologia. Assim, a sociedade moderna não se ocupa apenas da produção e distribuição da riqueza, mas também dos riscos daí decorrentes.

Na era da tecnologia, não se busca eliminar os riscos, mas, o quanto possível, identificá-los, gerenciá-los e mitigá-los. Que riscos são esses? Primeiro, foram as graves consequências para a saúde humana decorrentes dos riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos. Depois, vieram os riscos econômicos com as quedas nos mercados financeiros (BECK, 1992).

Modernamente, a questão dos riscos está ampliada. Não são apenas os riscos operacionais ou regulatórios. Existem também os riscos de a ação humana não fazer o que é certo. Os riscos à corrupção impactam diretamente na produção e distribuição de riqueza. A eficiência dessa atividade depende da atuação das pessoas em conformidade com as normas e os padrões éticos.

Dizem que a crise atual vai reescrever a Revolução Industrial. Nessa nova era industrial o valor ético tem lugar de destaque. O modo de ser e de agir dos agentes, em sociedade, cada vez mais se torna crucial para agregar valor às prestações que a sociedade espera dos centros de produção de bens e serviços, sob a liderança dos empresários e do Estado, ou da interação das duas partes.

A sociedade pede um mercado e um Estado mais eficientes. As demandas dos cidadãos são crescentes. Os recursos disponíveis são finitos. As noções de eficiência na atividade de produção e de distribuição de riqueza, mais do que ideologias, colocam para as estruturas sociais uma proposta racional-maximizadora de bem-estar; a questão ética nessa atividade se impõe como parte dessa proposta.

Não há controle perfeito dos desvios éticos. As falhas de mercado e de Estado são constantes. Por isso, ao tempo que se faz necessário reconhecer os cidadãos como corresponsáveis no processo de busca da integridade, legitima-se um dever geral de cumprir com o que é certo, fundado esse dever na prevenção como direito autônomo.

Aprende-se com Max Weber (*Apud* Diogo de Figueiredo¹⁰) que o que é bom e o que é mau encerram

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão somente um pré-conceito pessoal, como, também, um fato concreto — o resultado de uma ação. Na política, coube a Max Weber equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar-se-lhe a conduta — e ter-se-ia uma ética da intenção — ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele*

um dilema da ética. Mas o que é bom pode não passar de uma intenção (ética da intenção) ou uma aplicação humana em busca de um resultado (ética do resultado). Para ser efetivo, um programa, refletindo essa ética do resultado, precisa estar baseado na experiência de riscos da organização. Mais do que fazer o certo por convicção, deve-se, pois, enfatizar o certo em função dos riscos.

4.2 Sistema de prevenção como direito autônomo de riscos

A prevenção caracteriza um direito autônomo de riscos. Os riscos podem ser em concreto ou ameaça simples. São valores jurídicos identificar, dimensionar, prever, mitigar ou controlar esses riscos. Essa autonomia da prevenção é defendida também no domínio do Direito Ambiental. Prevenir o risco, adotando uma política privada para mitigá-lo, é um dever de *compliance* cada vez mais elaborado nas suas mais diversas consequências, inclusive no domínio da sanção criminal. A prevenção materializa obrigações de resultados de aderência voluntária ou impostas ao particular; envolvem mecanismos de salvaguardas para mitigação e reparação de danos.¹¹

Considerar os riscos associados ao negócio insere-se no domínio da livre iniciativa e ao mesmo tempo caracteriza um dever decorrente do planejamento da atividade econômica. Livre ou autorizado a desenvolver um negócio, o empresário está apto a satisfazer um interesse próprio mas conformado a uma finalidade social. Este é o sentido da autonomia da prevenção fundada em risco. O fator risco, inclusive o risco à integridade, ganha uma dimensão superior ao simples desígnio do empresário de empreender.

4.3 Gestão da ética baseada em integridade vs gestão da ética baseada em *compliance*

A gestão da ética baseada na integridade não é uma caixa tão definida, pois carrega traços do outro sistema em que a gestão é baseada em *compliance*. A tipologia, sugerida em documento da OCDE (*Organisation for Economic Co-Operation and*

Development, 1996), é retratada no gráfico seguinte. A abordagem aqui trazida tem o propósito de melhor esclarecer a função da integridade. Vale alertar que a tipologia foi desenvolvida para a gestão da ética na Administração Pública.

Alguns conceitos, base da tipologia, devem ser lembrados¹²:

- ética – o que deve ser; ideais do justo, bom ou próprio;
- valores – crenças comumente adotadas que guiam julgamento acerca do que é bom e próprio (adequado), e dos quais derivam princípios éticos;
- integridade – normalmente um valor-chave da ética.

Segundo a OCDE, os países adotam uma infraestrutura para apoiar a conduta ética baseada em três dimensões (*Organisation for economic co-operation and development*, 1996, p. 25):

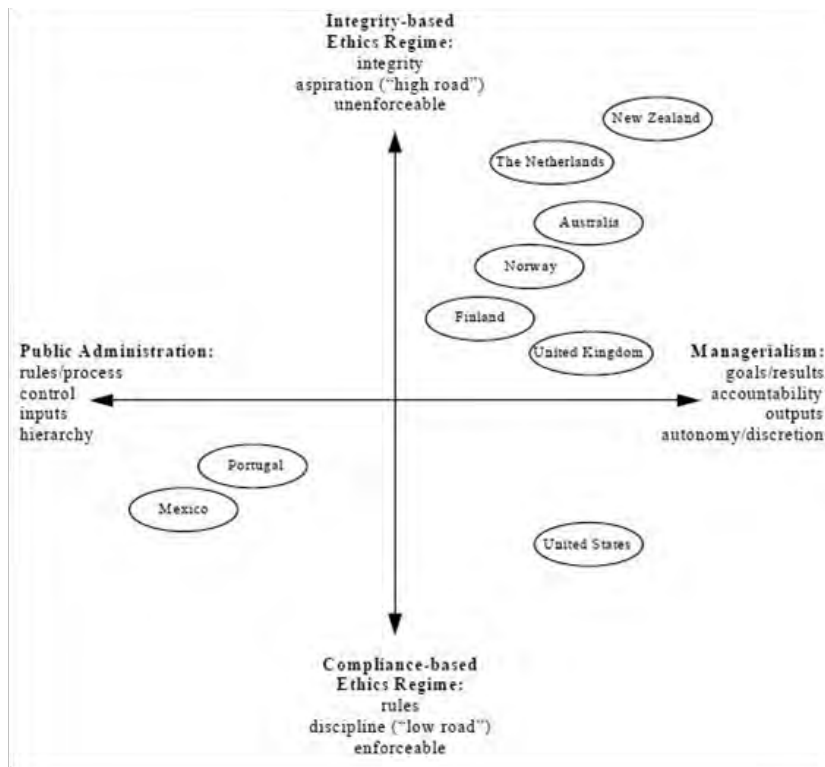
- Controle – através de: um quadro legal que permita investigação independente; efetivo mecanismo de prestação de contas; e exposição ao escrutínio público;
- Orientação – através de: um compromisso bem articulado da liderança pública; códigos de conduta que expressem valores e padrões de comportamento; atividades de educação e treinamento;
- Estrutura de gestão – realizada através de: práticas sólidas de recursos humanos; liderança e manutenção da infraestrutura ética, seja por uma agência central existente ou por um órgão especial de ética.

Ambos os sistemas de gestão de ética adotam os mesmos fatores estruturais descritos acima. A diferença entre eles será definida pelo foco e ênfases que cada sistema realiza.

esperados – e ter-se-ia uma ética do resultado. “Novo Referencial do Direito Administrativo: Do Controle da Vontade ao do Resultado”. disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_1.1_2006_46-63/109>. Acesso em: 31 jul. 2017.

¹¹ REsp 1333251-RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje de 05/05/2017.

¹² *States Services Commission (New Zealand), An Ethics Framework for the State Sector, Occasional Paper nº 15, August, 1999.* Disponível em: <<https://www.ssc.govt.nz/resources/2713/all-pages>>. Acesso em: 31 jul. 2017.



Fonte: OECD (1996)

O sistema de gestão com base em integridade tem seu foco em resultados/ações e efeitos a serem alcançados e não no comportamento que deve ser evitado (*Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 1996, p. 61). Nesse sistema a ênfase se dá:

- em valores (aspirational values) ou interesses da Administração Pública (*high road*);
- no que é alcançado em vez de como foi alcançado (foco nos fins);
- no encorajamento de bons comportamentos em vez de policiamento erros e punição dos maus comportamentos.

O sistema de gestão com base em *compliance* tem seu foco na estrita aderência a procedimentos administrativos e regras (geralmente detalhadas na legislação), o que define o que o servidor público deve fazer e como. Código estruturado naquilo que não se deve fazer — *minimum standards (low road)* (*Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 1996, p. 61). A ênfase, nesse sistema, é no:

- policiamento de ações e descoberta de malfeitos;
- reforço de gerência pelas regras as quais geram uma base para identificar o erro.

Cada país tem o seu sistema de integridade, adaptado às próprias peculiaridades, o próprio modo como previne e reprime a corrupção (LANGSETH; STAPENHURST; POPE, 1997). Para isso os estados têm que fazer mais do que simplesmente assinar convenções¹³.

A tradição legal de um país importa na hora de se analisar a base de um sistema de gestão de ética, seja ele do tipo *compliance* ou de integridade, pois:

- o *background* jurídico que o apoia, isto é, o conjunto de normas e regras escritas e não escritas, bem como as boas práticas recepcionadas pela infraestrutura legal do país expressam a legitimidade do modo de fazer o certo;
- o grau de *expertise* de quem monta, implementa e avalia e o grau de conscientização de quem

¹³ A política norte-americana foi instituída por a corrupção distorcer mercados globais, comprometer a transparência democrática e gerar barreiras não tarifárias. Ver Alan Larsan, "Política dos EUA contra a corrupção", in *A Corrupção e a Economia Global*, pp. 343-347, Kimberly Ann Elliott (org.), Brasília: Ed. UnB, 2002.

lidera, pilota e vivencia o sistema de ética também é importante no sentido de encorajar outros a fazerem o certo.

5 Programa de Integridade, fundamentos do ordenamento jurídico e a recepção das boas práticas anticorrupção

5.1 O caráter permeável da integridade à tradição do Direito brasileiro e às boas práticas alienígenas

Das três convenções internacionais às quais o Brasil aderiu, a Convenção da OCDE é a mais específica quanto à adoção pelo país de mecanismos de prevenção em conformidade com os respectivos fundamentos do ordenamento jurídico (Convenção, art. 5, anexa ao Dec. 3.678/2000). E a convenção da ONU de 2003 registra como uma das suas três finalidades a promoção da integridade.

A abordagem da promoção da integridade em conformidade com o ordenamento jurídico busca relacionar o programa de integridade com (a) a base filosófica do Código Civil de 2002, (b) e com os princípios e valores fundamentais da Constituição, (c) além de realçar a recepção das boas práticas internacionais. A ênfase especial, não se olvide, é no elemento volitivo das pessoas sujeitas à influência do programa de integridade, ou sistema de gestão da ética.

Por não ter contornos rígidos, a integridade é um grande odre que se enche das tradições axiológicas do ordenamento jurídico e das boas práticas estrangeiras. Essas tradições devem ser sindicadas no âmbito do Direito privado e da Constituição da República.

A base filosófica do Código Civil: *socialidade, eticidade e operabilidade*

A construção do Código Civil de 2002 foi inspirada no tripé *socialidade, eticidade e operabilidade*. Cada um desses princípios mereceu uma definição na exposição de motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Miguel Reale.

Os comentaristas do Código destacam, sobre a *socialidade* (FARIAS; ROSENVALD, 2012):

[...] os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Mundial perceberam que a todo direito subjetivo deverá corresponder uma função social. [...] O ordenamento [...] concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeia.

Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade [...]. Todo poder é concedido para a satisfação de um dever [...].

Os arts. 421 e 1.228 (função social) do Código Civil são exemplos de disposições inspiradas na *socialidade*.

Sobre a *eticidade*, os comentaristas (FARIAS; ROSENVALD, 2012) escrevem:

[...] por não se poder “restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador”, como pretendiam os positivistas, devemos reconhecer que o “Direito é uma técnica a serviço de uma ética”. A eticidade penetra assim a legislação civil “através de técnicas das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato” e isso “permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil [...].

O registro da diretriz do Professor Miguel Reale para operabilidade está na passagem da sua exposição¹⁴:

Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumento de paz social e de desenvolvimento.

E complementa¹⁵:

[...] por princípio da operacionalidade considerou a Comissão a necessidade de as disposições alcançarem realizabilidade, ou seja, efetividade, condição essencial das normas jurídicas que são feitas para serem aplicadas.

A eticidade, de fato, remete a uma hermenêutica civil-constitucional que atribui ao juiz o poder de resgatar o justo aristotélico, conforme lembra Luiz Edson Fachin¹⁶:

¹⁴ Exposição de Motivos, p. 26, anexa à Mensagem 160, de 10 de junho de 1975, do Presidente da República Ernesto Geisel aos membros do Congresso Nacional.

¹⁵ Tarcísio, op. cit., pp. 104-105.

¹⁶ Luiz Edson Fachin, *Aspectos de Alguns Pressupostos Histórico-Filosóficos Hermenêuticos para o Contemporâneo Direito Civil Brasileiro – Elementos Constitucionais para uma Reflexão*, in “10

O justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

A proeminência axiológica da Constituição

O sistema jurídico tem uma base axiológica, e não puramente lógico-formal, sobretudo fundada na Constituição (arts. 1º, III, e 3º, I e III). Assim¹⁷:

Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico por meio dos princípios, que, por sua vez, carecem de concretização mediadora.

A hermenêutica considera dois aspectos do ordenamento jurídico: a existência de um sistema dialeticamente aberto, isto é, arejado pelas cláusulas gerais e princípios, e o fato de esse sistema ser conformado a um espaço cultural e temporal. Essa hermenêutica é completada com a função do hermeneuta de reduzir o princípio-norma à objetividade possível, buscando a adequação valorativa.

Essa hermenêutica busca superar o tecnicismo pela leitura crítica das experiências em que o Direito atua. Diz Fachin¹⁸:

Destarte, leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.

Na lição de Fachin¹⁹, existe, pois, uma preocupação na hermenêutica moderna em dar à Constituição função de lupa geral pela qual são medidas as normas de todos os ramos do Direito, conferindo-lhe eficácia social.

A finalidade social e o bem comum devem ser observados por todo o ordenamento, constitucional e infraconstitucional. Essa hermenêutica foi convolada em norma legal, conforme se vê inscrito na vigente Lei de Introdução às Normas do Direito (Lei 12.376/2010), que altera a ementa do antigo Decreto-Lei 4.657/1942. Essa alteração veio esclarecer²⁰ que dar operabilidade à norma legal não é apenas uma preocupação do juiz, mas de todo aplicador, administradores de modo geral.

Permeabilidade da integridade aos insumos das boas práticas internacionais

Os compromissos internacionais colocam para o País a obrigação de formular políticas e práticas de prevenção e combate à corrupção e de instituir um órgão incumbido dessa formulação, com a autoridade para supervisionar e coordenar livre de indevidas influências. No Brasil, esse órgão é o Ministério da Transparência; os seus especialistas se beneficiam da assistência disponibilizada pelos organismos internacionais, que mantêm uma pauta permanente de discussão e melhoria de padrões conceituais para ulterior melhoria da legislação doméstica e das boas práticas da prevenção e repressão. Portanto, o trabalho desse órgão, no ambiente doméstico, é necessariamente impactado por essa troca de experiência em nível internacional.

A assistência dos órgãos da ONU e da OCDE permite o acesso dos representantes de cada país às discussões acerca das práticas dos pares e aos relatórios de estudos desenvolvidos. Há uma rica troca de experiência nessa atividade. Dessa forma, o órgão do Brasil responsável pela formulação, supervisão e coordenação da política anticorrupção do governo tem a incumbência de adotar iniciativas, tais como, formular estudos, anteprojetos de lei, emitir manuais e criar programas de fomento à integridade. Esses produtos incorporam naturalmente as boas práticas internacionais, na medida em que elas sejam compatíveis com as regras e valores domésticos.

Anos do Código Civil: edição comemorativa", p. 91, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Brasília: ESMPU: 2014.

¹⁷ Braga Neto, op. cit., p. 70.

¹⁸ Fachin, op. cit., p. 92.

¹⁹ Idem, idem, pp. 94-95

²⁰ Tarcísio, op. cit., pp. 111-113.

O intercâmbio transnacional das boas práticas se dá também por meio da globalização dos mercados, expostos uns aos outros. As empresas multinacionais carregam consigo as práticas presentes nos centros de origem para outros países, sendo a grande maioria desses países signatários das convenções internacionais anticorrupção. Ainda que não sejam oficialmente previstas nos regulamentos nacionais, essas práticas podem ser generalizadas nos programas de integridade ou de *compliance* e, dessa forma, passam a fazer parte do ordenamento por atenderem ao sentido de bons costumes e conterem um fim econômico e social na praça em que de boa-fé são institucionalizadas.

5.2 Programa de Integridade: o alcance do art 7º-VIII da Lei 12.846, de 2013

A Lei 12.846, de 2013, não é o único instrumento legal de combate à corrupção no Brasil. Mas é a única lei que prevê uma ferramenta de prevenção, chamada programa de integridade, com múltiplas funções.

Ao prever a figura do programa de integridade, a norma legal (art. 7º, VIII) terminou por:

- inserir na ordem jurídica um padrão privado de política preventiva;
- valorizar uma cultura organizacional, ainda que facultativa, do agente responsável;
- atribuir à organização o poder de construir o seu padrão de integridade;
- especificar esse padrão como de ética de resultados;
- colocar o programa de integridade no contexto da sanção objetiva;
- qualificar esse padrão numa existência dinâmica.

Antes da Lei 12.846, de 2013, não existia a figura do programa de integridade. A sua inserção na ordem jurídica é um marco relevante pelo seu impacto na cultura organizacional privada. No mundo da produção de riqueza passou-se a falar e refletir sobre programa de integridade. Agora os agentes econômicos sabem que o seu modo de ser, no ambiente de mercado, poderá ganhar uma forma e um conteúdo. E esse modo de ser, ou de não ser ético, desponta como elemento capaz de distinguir uma organização das outras. Isso é um avanço na vida do direito e na gestão dos recursos produtivos de uma economia.

De um modo geral, as organizações privadas não são obrigadas, para funcionar, a possuir um programa

de integridade. É uma faculdade que remete à liberdade fundamental de iniciativa.²¹ Mas não implementar e manter um programa é uma faculdade que coloca em questão a responsabilidade do agente na comunidade de rivais e de parceiros. Para se fazer negócios, cada vez mais organizar e manter uma cultura anticorrupção se torna uma exigência da sustentabilidade. Mais cedo ou mais tarde essa exigência será incorporada aos hábitos da sociedade, inclusive consumerista, dando lugar a um controle da cidadania ou social. E o Estado, como grande comprador, explorador, fomentador e regulador da atividade econômica, haverá de seguir estimulando o cumprimento dos deveres de integridade. Essa é uma trajetória sem recuo.

O legislador não aborda o programa de integridade como um cardápio fechado. Isso seria incompatível com a liberdade de iniciativa e muito menos com o porte da organização. Mas ao construir um padrão de cultura ética, a organização é chamada a participar da delimitação da sua responsabilidade. A política anticorrupção, ou tudo que a ela adere, por vontade própria da organização, da lei, regulamento ou obrigação de fazer (assumida, por exemplo, em acordo de leniência), é também a medida pela qual a mesma organização haverá de ser julgada. As boas práticas e os bons costumes passam a ser imperativos decorrentes das normas legais tanto quanto dos contratos e da estrutura privada de *compliance* ou integridade.

Não é mais função exclusiva das leis a definição do que é lícito ou ilícito, ético ou antiético, ou o que entra no escopo da integridade. As organizações e os acordos setoriais (*collective action*) participam da elaboração dessa estrutura de definição do comportamento moral e ético, pois assim a norma codificada:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Código Civil/2002, art. 187)

O que uma organização inclui na sua política interna de gestão da ética poderá ter as consequências do citado art 187. São elementos mais graves ou menos graves. Em situações de prejuízo, concreto ou em potencial, as consequências, independentemente de culpa, podem resultar quando a atividade “normalmente desenvolvida pelo autor do dano

²¹ CF, art. 170, parágrafo único.

implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Código Civil, art. 927, *in fine*)

O que a cultura organizacional encoraja, desencoraja ou tolera entra tudo no compromisso ético, ou nos deveres de integridade. Importam os resultados das ações ou omissões das pessoas que atuam na organização ou aderem a ela. Diz a lei que o programa deve ser efetivo nos seus elementos. Assim, o legislador não se satisfaz com a ética da intenção, mas sim com a ética de resultados, orientada pela experiência de riscos. Essa compreensão justifica a classificação dos riscos como categoria de um direito que orna a autonomia da prevenção.

O desastre da Casa de Shows de Santa Maria – RS ficou conhecido nacionalmente pelo número de vidas humanas perdidas. A maior lição do triste episódio é sobre a negligência dos riscos do negócio, seja do ponto de vista da qualidade da prestação à clientela como do ponto de vista do risco à corrupção; vale dizer, do corrompimento ou do não cumprimento das boas práticas de prevenção.

O programa de integridade se incorpora à lei. Não somente para completá-la, mas para projetar a objetivação da responsabilidade, que é formalmente da pessoa jurídica. Essa imputação objetiva não descarta o fenômeno de que ética e integridade são predicados da pessoa humana. A pessoa jurídica, passível de responsabilização formal, é uma abstração legal. Quando se diz que a pessoa jurídica é ética está se emprestando a ela um predicado da pessoa humana, natural ou física. Isso é muito comum na ciência jurídica e na linguagem em geral. Mas em nada desnatura o programa de integridade como algo concebido e percebido pelos elementos subjetivos, humanos, que dão alma à organização; é por eles e para eles que o programa existe, opera, funciona como orientador de comportamento. Passa pelos elementos humanos e neles devem se concentrar todos os esforços de tornar efetiva a política; o seu eventual descumprimento pode ameaçar todo sentimento de grupo ou coletivo de pertencer à organização. A sanção formal à pessoa legal pode atingir a moral do conjunto ou coletividade de dirigentes e empregados.

Essas consequências são reais no contexto de uma genuína cultura ética organizacional, valorizada enquanto algo dinâmico. Esse é o pleno sentido da lei ou da teleologia da figura do programa de integridade, concebido como parte de uma existência oposta a algo

elaborado para atender episodicamente à aplicação de uma sanção por infração.

5.3 O mercado como patrimônio nacional e a ética concorrencial

Existe um conjunto de ferramentas, logística, normas legais e regulamentos e boas práticas concebidos por uma sociedade. Esse conjunto posto à disposição dos agentes econômicos qualifica os meios de produção de riqueza. Essa infraestrutura essencial forma um patrimônio material e imaterial. Os seus elementos são apropriados ora pelo Estado para apoiar serviços de relevância pública, ora pelos agentes privados a serviço de mercados específicos, ou por toda uma coletividade que deles se beneficia.

Uma referência a patrimônio nacional consta da Constituição de 1988. Reza o art. 219 que “o mercado interno integra o patrimônio nacional”. A disposição está inserida na parte da Ordem Social e, nesta, reside o capítulo da Ciência e Tecnologia. Por isso, o constituinte trata do mercado de tecnologia; e este, acrescenta-se,

[...] será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Observe-se que ser “nacional,” além de transcender ao público e privado, atrai um interesse de todos ou da nação e, por isso, sua proteção cabe ao Estado e a sua defesa é atribuível aos órgãos estatais, nos limites da lei.

Expressão semelhante está prevista no *caput* do art. 5º da Lei 12.846. O artigo começa falando dos “atos lesivos à administração pública [...]” E especifica: “que atentem contra o patrimônio público nacional [...]”

Não há espaço para discussão aprofundada a respeito dos aspectos políticos e econômicos que as duas disposições, constitucional e legal, inspiram. Mas a respeito dos seus desenhos, devem ser lembrados dois aspectos: a proteção do mercado em face da ética concorrencial e a caracterização das falhas de mercado como um ato de corrupção.

A proteção do mercado se realiza na proteção (1) do produto, como a coisa material (bens e serviços), sua qualidade e apropriação por quem de direito, (2) na proteção da coisa imaterial (certificação pelo Estado e apropriação pelo titular), na (3) proteção das relações de consumo, na (4) proteção da higidez concorrencial

(ética concorrencial) e (5) na regularidade da distribuição da ou acesso à riqueza.

A ética concorrencial merece a atenção da Lei Anticorrupção²², para proteger o mercado, quando considera ato lesivo o cartel de licitação. O ato tem a presença de um agente público. Mas se o cartel não ocorre em licitação, a questão de ética concorrencial (qualificação absorvida pela integridade) não seria corrupção? Dir-se-ia que não pela ausência de agente público; somente haveria corrupção privada. Mas o que é protegido pelas respectivas disposições da Constituição e da Lei é o “patrimônio nacional”. Patrimônio nacional não se confunde com patrimônio da Administração Pública. Isso significa que a interpretação da cabeça do art. 5º da Lei Anticorrupção, ao prever a figura do “patrimônio público nacional”, que não se confunde com o patrimônio da Administração Pública, abriu uma janela para se punir também a corrupção privada.

Observe-se, também, que a Lei Anticorrupção também considera ato de corrupção aquele que atente contra os *compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*. Combater a lavagem de dinheiro é um compromisso desse tipo. A esse respeito, imagine uma prática, sem a presença de agente público, que distorce o mercado, relativa a pagamento de comissão a médicos ou cirurgiões pela indústria ou distribuidores de dispositivos médicos e produtos de infraestrutura, com a finalidade de manter ou ampliar o mercado dos produtos recomendados a pacientes. Isso é uma prática que ocorre no Brasil e em países estrangeiros, banida por códigos de conduta das empresas e de associações que reúnem empresas do setor. O produto dessas comissões são desviados de forma a caracterizar o ilícito de lavagem de dinheiro. Este é mais um exemplo de desvio de ética concorrencial sem a presença de agente público e tendo a autoridade o dever de processar e punir como ato de corrupção.

Excluir ato de corrupção privada da caracterização de corrupção somente pelo fato de não envolver um agente público não faz muito sentido no Direito brasileiro. Lógico que não faz sentido punir qualquer ato privado de corrupção; é preciso que o ato ou desvio seja caracterizado como de ética concorrencial, e que o agente que o comete exceda “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social,

pela boa-fé ou pelos bons costumes”, (Código Civil, art. 187). Enquanto a Lei Anticorrupção não é corrigida, cabe invocar a hermenêutica civil-constitucional em toda a sua força.

5.4 Fazer o certo por convicção e a natureza jurídica do programa de integridade

De uma rápida pesquisa nos dicionários e enciclopédia livre (Wikipédia), chega-se à noção de convicção como de firme opinião, crença, convencimento; algo que uma pessoa ou uma entidade segue, aceita, adere ou pode aderir. O que um indivíduo aceita ainda que não alinhado à sua convicção é limitante da sua vontade. O elemento volitivo é a base dos contratos, negócios, convenções ou ajustes administrativos, de mercados ou sociais.

Convicção não é apenas admitir algo como sendo o que se entende, em determinado contexto, como o certo, mas é a certeza acerca do estipulado como certo. E embora normalmente seja baseada em fatos ou em razões práticas ou empíricas, a convicção, quando levada ao extremo, pode se confundir com fé. Nesse quadro de compreensão, a convicção do certo associada à natureza do programa de integridade pode ser um elemento incompatível com a base filosófica do Código Civil e com a estrutura axiológica da Constituição.

A viabilidade dessa axiologia depende, no geral, de uma visão aproximada do certo. Por exemplo, corrupção agride a perspectiva de sonho e felicidade dos cidadãos. Essa assertiva, embora por todos aceita, em situação particular pode não passar de uma imprecisão, por não corresponder a um critério rigoroso do que se deve fazer ou não fazer. Uma visão rigorosa das coisas, no domínio da ética, nem sempre alcança unanimidade. É por isso que um sistema de integridade, mais obsequioso a valores e não a regras rígidas, costuma demandar uma estrutura de gestão dotada de comitê ou conselho, de quem depende em última instância o juízo acerca do certo ou daquilo considerado apropriado. A instância que lidera um sistema de gestão de ética, seja na área privada ou pública, sabe o quanto desafiante são os dilemas despontados no dia a dia, que são enfrentados com certa relatividade sem colocar em risco a efetividade do sistema. Isso leva à discussão da natureza jurídica do programa de integridade ou de *compliance*.

O programa de integridade é seguido com maior ou menor adesão por diretores, gerentes, líderes,

²² Lei 12.846/2013, art. 5º, IV.

empregados em geral. Da mesma forma, cabe a toda organização fazer com que os seus fornecedores, parceiros e colaboradores externos sigam a sua política anticorrupção; ninguém pode afirmar em qual nível de convicção eles seguem. Mas existe um compromisso e quando descumprido as consequências se aplicam. Qual a natureza do programa de integridade? Não se tem uma resposta óbvia.

Programa de integridade é um pacto complexo, plurilateral ou de massa, do qual emerge uma carga funcional não desprezível. Há semelhanças ao contrato de adesão, em que uma das partes aceita em bloco um conjunto de cláusulas estipuladas pela outra parte, umas uniformes, outras mais gerais e algumas rígidas. Por definição, o contrato de adesão é restritivo da autonomia da vontade, elemento político-jurídico. A adesão de uma parte está motivada na vantagem da contrapartida que beneficia qualquer *stakeholder*, independentemente de ter ou não o lucro como objetivo.

O compromisso do empregado está qualificado no contrato de trabalho regido pela legislação trabalhista e, subsidiariamente, pelo Código Civil. Os sócios se vinculam aos deveres de *compliance* por força do contrato social. O compromisso dos fornecedores, parceiros ou colaboradores externos também está regido pelo Código Civil; os pequenos parceiros, em situação de hipossuficiência, podem invocar as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nem todas as partes participam da negociação ou construção das políticas internas do sistema de prevenção adotado pela organização, o que daria mais legitimidade ao seu cumprimento. Mas essa participação não é necessariamente condição de aplicação das políticas internas.

Parece razoável, assim, invocar, no que couber, as regras aplicáveis ao contrato de adesão para qualificar os vínculos decorrentes do programa de integridade. Certamente mais cedo ou mais tarde a questão aportará nos tribunais. A assertiva tem influência no modo de interpretar os deveres específicos vinculantes decorrentes, por exemplo, do código de conduta e outras políticas internas, naquilo que se revelar ambíguo, contraditório ou vazio.

Nem todas as cláusulas são aplicáveis e outras somente com variado alcance. A esse respeito, poderá ser passível de discussão a cláusula resolutória e a de renúncia. Tais cláusulas poderão ser mais facilmente aplicáveis no caso de pacto de integridade setorial.

O acordo setorial de integridade (*collective action*) não afasta o traço essencial do contrato. Mais especificamente, a semelhança é com a figura do convênio, acordo ou ajuste, negócio jurídico em que desponta de forma clara a cooperação ou colaboração, com função de fomento e existência de interesses colaterais convergentes, baseados na boa-fé e na confiança.

Destaque-se, ainda, que o programa de integridade poderá decorrer de uma obrigação de fazer, assumida livremente no âmbito de um acordo de leniência. O programa pode ser exigido por uma autoridade judicial ou administrativa. Imagine que esta determinasse ao responsável pela empresa a execução da obrigação tão completa quanto possível, em toda a extensão da sua convicção de fazer o certo. Isso seria um acréscimo simplesmente ineficaz, ou no máximo poderia ser interpretado como cabendo ao obrigado empregar todo esforço razoável no projeto, execução e avaliação periódica do programa. Mas existe uma maneira mais completa, clara e objetiva de definir a mesma coisa.

5.5 Fazer a coisa certa a despeito de convicções – a teoria de Kohlberg

Não há o que discordar: a convicção, como julgamento moral, legitima o fazer a coisa certa. A importância desse resultado (a coisa certa) é altamente apreciado em sociedade a ponto de o juízo moral ou a convicção do certo ter a sua importância relativizada. Mesmo com a convicção do certo, o homem pode optar por fazer o contrário. A vida em sociedade, seja na Administração Pública, no mercado ou nas famílias, prova ser correto que ainda sem convicção é válido fazer o certo.

A teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg²³ é uma das mais conhecidas. Segundo ela, todo homem é capaz de durante a vida evoluir na escala da moralidade. Está sistematizada em seis estágios.

No estágio 1, conforme o quadro abaixo, as regras são literalmente obedecidas para se evitar o castigo. É a moral do começo da vida infantil, rodeada de medo e de não liberdade. No estágio 2, o indivíduo

²³ Sobre Lawrence Kohlberg e sua Teoria do Desenvolvimento Moral, ver relato disponível em: <<http://pegasus.cc.ucf.edu/~ncoverst/Kohlberg%27s%20Stages%20of%20Moral%20Development.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

é movido pelos próprios interesses egoístas. O estágio 3 começa o nível convencional: o adolescente julga como correto atender as expectativas das pessoas que lhe estão próximas e a sua ação é moralmente valorada

segundo as consequências nos relacionamentos com os outros. Obedecer a autoridade e a ordem social move o jovem no estágio 4, em que o correto está associado ao cumprimento do dever em sociedade.

Níveis e estágios de desenvolvimento moral definidos por Kohlberg	
Níveis	Estágios
Nível Pós-Convencional Moralidade por princípios universalizantes (convicção)	6. Orientação por consciência lógica e princípios universalizantes (princípios éticos universais) <i>I do it because it is the right thing to do</i>
	5. Orientação tipo contratual geral (contrato social) <i>I do it because of a social contract we have with each other</i>
Nível Convencional Baseado no desempenho correto de papéis no atendimento de expectativas (adolescentes e adultos)	4. Orientação para manter a autoridade e a ordem social (lei e ordem) <i>I do it because it is the law, and I respect the law</i>
	3. Orientação tipo "bom menino" (concordância interpessoal de papéis) <i>I do it so you like me</i>
Nível Pré-Moral ou Pré-Convencional Baseado em necessidades individuais (crianças por volta de 9 anos)	2. Orientação ingenuamente egoísta <i>I do it so I get something out of it</i>
	1. Orientação pela obediência e punição <i>I do it so I don't get in trouble</i>

Fonte: RENANDO (2014)

Regras não são absolutas, pois elas podem ser questionadas. Esse é o nível 3, em que o homem tem a plena consciência dos princípios para reger a sua vida. No estágio 5, há uma preocupação com o bem-estar geral. Por isso, é correto seguir os direitos e valores identificados com o contrato jurídico de uma sociedade, os quais podem imperar se estiverem em conflitos com as normas do grupo. O 6 é o mais alto estágio, em que o certo exsurge do juízo do indivíduo e não porque deriva da lei ou do acordo. Nesse patamar, age-se desinteressadamente e por princípios, ganha-se a capacidade de se colocar no lugar do outro em nome da dignidade dos indivíduos; é o mundo da liberdade.

É certo que a teoria de Kohlberg é questionada²⁴. Os questionamentos não lhe tiram a importância. Seguem alguns exemplos desses questionamentos. O raciocínio moral de um indivíduo poderá variar de acordo com as situações em particular e não com base em regras gerais. A teoria não reclama uma correspondência entre o pensar e o agir, que pode levar em conta outros fatores diversos do raciocínio

moral. A justiça é um princípio moral, mas ao lado dele existem outros também importantes, tais como o cuidado com os outros e a compaixão, além de outros, não endereçados por Kohlberg.

Uma discussão acerca desses questionamentos foge do objetivo do presente trabalho; os seus registros, além de favorecer à atenção de pesquisadores eventualmente interessados no aprofundamento, são um obséquio à compreensão da integridade, que também se articula com a questão da moralidade, seja na sua dimensão prática ou teórica. A esse respeito, a lição da teoria de Kohlberg é que fazer o certo é desejado pela norma-princípio da integridade, apesar do juízo interior que tenha inspirado esse resultado da ação humana. Na escala do desenvolvimento moral, o nível se refere à capacidade do indivíduo de fazer um juízo moral e de agir segundo esse juízo. Isso não significa que um homem íntegro sempre o será.

6 Destaque final: construção do princípio-norma da integridade consistente com a tradição legal brasileira de fazer o certo

Existe uma citação atribuída ao escritor francês, Albert Camus, que diz: "Integridade não precisa

²⁴ Para uma análise dos questionamentos, conferir McLeod, S.A. (2013). Kohlberg. Disponível em: <<https://www.simplypsychology.org/kohlberg.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

de regras" (*L'intégrité n'a pas besoin de règles*)²⁵. O humano que passou a vida toda só fazendo o certo por convicção e baseada em valores viveu num mundo de sábios ou sem regras, ou em ambos.

Não parece correto sugerir que *compliance* está para regras assim como integridade está para valores. Cada um dos sistemas de ética — *compliance* e integridade — precisa de regras e valores. Integridade é um convite à perfeição, o que não existe na palavra *compliance*; mas integridade perfeita é utopia. É crucial que todos os agentes públicos ou privados tenham a consciência disso e percebam que todos são suscetíveis à corrupção e, portanto, estão sujeitos às sanções legais; daí devem seguir mecanismos de prevenção e que, tendo caído, exista para eles uma chance de mudar. Encorajar a mudança é a função de todo sistema de gestão da ética.²⁶

Quando se fala em regras, se quer dizer regras escritas, não escritas e procedimentais ou técnicas. Um certo número de regras, claras e razoáveis ou consistentes, são indispensáveis aos dois tipos de sistemas; o que parece relevante se destacar em ambos os sistemas é o risco como ponto de partida para fundamentar ou calibrar a implementação e ajustes contínuos de mecanismos sustentáveis de prevenção à corrupção. O risco poderá atender, em certa medida, alguma convicção sobre o que é certo, mas projeta, necessariamente, uma imposição ética da busca calibrada do certo.

No tema de prevenção à corrupção ou de sistema de gestão da ética, o Brasil tem uma experiência insipiente, inspirada formalmente nas experiências norte-americana e do Reino Unido. Mas o Brasil não tem grandes experiências de discricção na administração do Direito nem no seu cumprimento (*enforcement*), próprios dos dois citados países; eles mesmos estão posicionados em polos opostos dos eixos de regime

de ética, integridade e *compliance*, na classificação da OCDE.

O espelho formal da integridade adotado pelo Brasil está em testilha com a sua origem de administração pública baseada em regras, controle, processos e hierarquia, em oposição a uma ética de resultados. Daí ao se instituir um sistema de gestão centrado na integridade²⁷, as autoridades incumbidas de concretizar esse princípio-norma devem construir uma identidade lógica para o sistema, em obséquio à tradição legal.

Quando falha o desígnio humano do fazer o certo, haja ou não convicção acerca do que seja o certo, e o malfeito impera, só resta o controle, a repressão autorizada pelo Estado de direito. A quebra da lei é um fenômeno que ocorre em qualquer lugar, país ou sistema. Reprimir adequadamente o malfeito também requer uma iniciativa para fazer o certo, que depende de recursos, *expertise* e, por vezes, do apoio da sociedade. Para fazer o certo e corrigir o malfeito não basta, enfim, a boa vontade ou a convicção do agente.

Referências

ANJOS FILHO, R. N. (org) *10 Anos do Código Civil: edição comemorativa*. Brasília: ESMPU: 2014.

BECK, U. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Theory, Culture & Society Series. London: SAGE, 1992.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. *Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007. Institui o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

²⁵ Disponível em: <https://www.brainyquote.com/fr/citation/albert-camus_121575>. A citação inspirou a questão: "If integrity has no rules, how do you comply?" O próprio Tom Rawlins responde: *Absolute integrity throughout the organisation is wishful thinking. We are human after all. We can only inspire others, though good leadership at all levels, setting the example of what you could be doing. Leading integrity rather than attempting to comply*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/integrity-has-rules-how-do-you-comply-tom-rawlins>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

²⁶ Eugene Soltes, professor de Harvard, "Como Nasce um Corruptor", entrevista às páginas amarelas 17-19 da revista *Veja*, edição de 5 jul. 2017.

²⁷ O sistema de gestão de ética, centrado na integridade, pode inspirar uma maturidade institucional que o sistema brasileiro ainda não alcançou.

2010/2007/ decreto/d6029.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec). Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.auditoria.mpu.mp.br/audin/Referencial%20de%20combate%20a%20fraude%20e%20corrup__o%20web.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

COVERSTON, H. S. Kohlberg's stages of moral development. Disponível em: <<http://pegasus.cc.ucf.edu/~ncoverst/Kohlberg%27s%20Stages%20of%20Moral%20Development.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil*. 10. ed., v. 1. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

GIOVANINI, W. Lei Anticorrupção ajuda o Brasil. *Jornal Estadão*, São Paulo. 14 mai. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorruptao-ajuda-o-brasil/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

KAPTEIN, Muel. The Servant of the People: On the Power of Integrity in *Politics and Government*, 2014. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2498730>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LANGSETH, P.; STAPENHURST, R.; POPE, J. The Role of a National Integrity System in Fighting Corruption. *Commonwealth Law Bulletin* v. 23, n. 1-2, jan. 1997, p. 499-528. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/617f/110e21ffe01baa2c2dfd6a4b76be57feb96.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LARSAN, A. Política dos EUA contra a corrupção. In *A Corrupção e a Economia Global*, pp. 343-347, Kimberly Ann Elliott (org.), Brasília: Ed. UnB, 2002.

MASLOV, M. "Compliance Officer" vs. "Integrity Officer". *Corporate Compliance Insights: the premier source of news for today's GRC professional*, 28 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.corporatecomplianceinsights.com/compliance-officer-vs-integrity-officer/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

MCLEOD, S. A. (2013). Kohlberg. *Simply Psychology*. Disponível em: <<https://www.simplypsychology.org/kohlberg.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MOREIRA NETO, D. F. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 1, set. 2006, pp. 46-63. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

NARDES, J. A. R.; ALTOUNIAN, C. S.; VIEIRA, L. A. G. *Governança Pública: o desafio do Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 182-183.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Public Management Occasional Papers, Ethics in the Public Service, seção VI, Paper No 14, 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.194.8759&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PEVKUR, A. Compatibility of Public Administration Systems and Ethics Management. *Viešoji Politika Ir Administravimas*, Estonia, 19, 2007. Disponível em: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/16e/2_a.pevkur.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

RAWLINS, T. If integrity has no rules, how do you comply? 25 jul. 2017. *Linkedin*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/integrity-has-rules-how-do-you-comply-tom-rawlins>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RENANDO, C. Speeding tickets and Kohlberg's model of ethical decision making. *Sidewaystoughts*. 10 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.sidewaystoughts.com/blog/2014/03/speeding-tickets-and-kohlbergs-model-of-ethical-decision-making/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SOLTES, E. Como Nasce um Corruptor. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2.537, pp. 17-19, 5 jul. 2017.

STATES SERVICES COMMISSION (New Zealand), Occasional Paper: An Ethics Framework for the State Sector, Occasional Paper Nº 15, Ago. 1999. Disponível em: <<https://www.ssc.govt.nz/resources/2713/all-pages>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

USA. United States Sentencing Commission (USSC). Guidelines Manual, §B21 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/>

[guidelinesmanual/2015/GLMFull.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2015/GLMFull.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

VOLKOV, M. Ehtics and Compliance, Not Compliance and Ethics. *Corruption, Crime and Compliance*. 1º mar. 2015. Disponível em: <<https://blog.volkovlaw.com/2015/03/ethics-and-compliance-not-compliance-and-ethics/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.