

Trajetória de *compliance* no Brasil e sua importância para o Ministério Público brasileiro

The way of compliance in Brazil and it's importance for the Brazilian Prosecutor's Office

Cláudia Turner Pereira Duarte*

Matheus de Alencar**

Sumário

1. Introdução. 2. Trajetória de *compliance* no Brasil: onde estamos e para onde vamos? 3. Propostas a partir do direito comparado. 4. A importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro. 4.1. *Compliance* para a atividade-meio. 4.2. *Compliance* para a atividade-fim. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente estudo busca analisar o papel do *compliance* na esfera do Ministério Público, para além da sua mera utilização como ferramenta de combate à corrupção. Isso porque, no Brasil, o tema parece remeter automaticamente ao microcosmo legislativo da anticorrupção. Essa correlação, explicada pela trajetória de *compliance* no Brasil, especialmente no contexto da Lei Federal nº 12.896/13, deixa de explorar alternativas de aplicação que tratem desse instituto sob uma visão mais ampla, com foco na prevenção e controle de riscos. O foco atual de *compliance*, restrito quase que exclusivamente ao aspecto repressivo, limita a discussão sobre o tema no poder público brasileiro. Um dos principais problemas diz respeito à falta de introjeção de experiências pretéritas como mecanismo de prevenção à repetição dos erros. Direcionar a melhor estratégia para lidar com os crimes econômicos em sua dimensão concreta pode ser, enfim, o foco adequado da discussão de *compliance* no

* Mestre na linha de Direito Público na UERJ. *Máster en Cumplimiento Normativo en materia penal pela Universidad de Castilla-La Mancha* (UCLM). Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho (Pós-Graduação *lato sensu*). Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro Suplente da Banca de Direito Administrativo do XXXV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Máster e Especialista en Cumplimiento Normativo penal pela Universidad de Castilla-La Mancha* (UCLM). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Consultor em matéria de Direito, Tecnologia e Conformidade Normativa junto à Gussem - Saad Consultoria. Trabalha com direito e tecnologia, com foco em direito penal, *compliance*, ciência de dados, novas tecnologias, design jurídico e métodos ágeis de desenvolvimento de software.

poder público. Nesse contexto, dois fatores parecem ser especialmente relevantes: a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o aspecto preventivo dos programas de *compliance*. Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a experiência internacional aponta para uma correlação importante entre a existência e aplicação desse modelo de responsabilização, o fomento à adesão aos programas de *compliance* e a efetividade da regulação dos crimes de empresa. Uma das formas de tornar essa responsabilização legítima e permitir que as empresas possam se defender é por meio do recurso à adesão desses programas como mecanismo preventivo. Quanto ao aspecto preventivo dos programas de *compliance*, seu objetivo específico é de antecipar o fenômeno típico, a fim de impedir a sua ocorrência. Isso significa que, diante de crimes de natureza econômica, o Ministério Público pode se valer de outras estratégias mais eficientes e dotadas de maior resolutividade, para além da perseguição individual. Trata-se de evitar que ocorram certos conflitos que, *a priori*, são previsíveis. O potencial transformador do *compliance* na produção de resultados efetivos por parte do Ministério Público depende do aprimoramento da própria compreensão desse instituto. Assim, estabelecido o contexto necessário à análise, e com base em propostas do direito comparado, e especialmente diferenciando os conflitos de *compliance* nas iniciativas privada e pública, são apresentadas propostas para o aprimoramento de *compliance* na esfera do MP. Para que o instituto encontre sua função própria na administração pública, deve-se evitar que entre em atrito ou redundância com as estruturas de controle interno já estabelecidas. Assim, são apresentadas propostas tanto no contexto da atividade-meio quanto da atividade-fim do Ministério Público. Pretende-se, com isso, atacar a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas, para que os recursos da administração pública sejam direcionados à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

Abstract

This study seeks to analyze the role of compliance in the sphere of the Public Prosecution's Office (Ministério Público), beyond its mere use as a tool to combat corruption. In Brazil, this topic seems to automatically refer to the legislative microcosm of anti-corruption. This correlation, explained by the compliance trajectory in Brazil, especially in the context of Federal Law No. 12,896/13, fails to explore alternative applications that deal with this institute from a broader perspective, focusing on risk prevention and control. The current focus on compliance, restricted almost exclusively to the repressive aspect, limits the discussion on the topic within the Brazilian public administration. One of its main problems concerns the lack of introjection of past experiences as a mechanism to prevent the repetition of errors. Directing the best strategy to deal with economic crimes in their concrete dimension may ultimately be the appropriate focus of the discussion of compliance in the public administration. In this context, two factors seem to be especially relevant: the criminal liability of the legal entity and the preventive aspect of compliance

programs. Regarding the criminal liability of legal entities, international experience points to an important correlation between the existence and application of this accountability model, the promotion of adherence to compliance programs and the effectiveness of regulating corporate crimes. One of the ways to make this responsibility legitimate and allow companies to defend themselves is by using these programs as a preventive mechanism. As for the preventive aspect of compliance programs, their specific objective is to anticipate the typical phenomenon in order to prevent its occurrence. This means that, when faced with crimes of an economic nature, the Public Prosecutor's Office can use other, more efficient and more effective strategies, in addition to individual persecution. The aim is to prevent certain conflicts that are predictable from occurring. The transformative potential of compliance in producing effective results by the Public Prosecutor's Office depends on improving the understanding of this institute itself. Thus, having established the necessary context for the analysis, and based on proposals from comparative law, and after differentiating compliance conflicts in private and public initiatives, proposals are presented for improving compliance in the sphere of the Public Prosecutor's Office. In order for the institute to find its own role in public administration, it must be prevented from entering into conflict or redundancy with already established internal control structures. Thus, proposals are presented both in the context of the Public Prosecutor's Office's primary and core activities. The aim is to attack the organized structure that allows or encourages violations of the law and the resource pool that drives and enhances the damage-causing capacity of these conducts, so that public administration resources are directed to the production of positive values for society, helping the public administration to fulfill its constitutional missions.

Palavras-chave: Direito administrativo. *Compliance*. Ministério Público. Governança corporativa.

Keywords: *Administrative Law. Compliance. Public Prosecutor's Office. Corporative governance.*

1. Introdução

No Brasil, o tema *compliance* parece remeter automaticamente às discussões sobre combate à corrupção. Em que pese a inegável importância dessa correlação desde a promulgação da Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção de Empresas) e das repercussões da Operação Lava Jato, não se pode negligenciar o tratamento da matéria no contexto internacional. Há outras possibilidades de aplicação do instituto, com um olhar voltado para o funcionamento das empresas e a necessidade de alavancar órgãos de controle interno de riscos que reorientem a gestão corporativa por um modelo de cumprimento normativo voluntário. Esse modelo pode ser estruturado por mapas de riscos e por mecanismos de prevenção que alcancem não só a evitação das práticas de suborno, mas sim todos os tipos de infrações legais e éticas que violem objetivos institucionais e valores eleitos pelos modelos de boa governança.

Tendo em conta essa realidade específica, o Ministério Público brasileiro precisa estar atento a essa visão mais ampla sobre *compliance*, que alcança diversas perspectivas: o aprimoramento da sua atuação na atividade-fim, a formatação da gestão na atividade-meio e o estabelecimento das diretrizes de um projeto de administração fundado em uma cultura institucional pautada pela ética.

2. Trajetória de *compliance* no Brasil: onde estamos e para onde vamos?

Em 2013, eclodiram em todo o Brasil grandes manifestações populares que tinham como uma de suas principais bandeiras o combate à corrupção. Nesse contexto, foram aprovadas pelo Congresso Nacional as Leis nºs 12.846 e 12.850 (Brasil, 2013a e 2013b). A primeira delas tem, em seu eixo principal, a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção e a ampliação das hipóteses de acordo de leniência no âmbito da administração pública. A segunda define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, com a consolidação de um instituto outrora difuso na legislação penal, que emerge como protagonista: a “colaboração premiada”.

Conquanto parte da doutrina associe a edição das referidas leis aos compromissos assumidos pelo Brasil, em nível internacional, na esteira da aprovação da Convenção da ONU sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1997 (Decreto n. 3.678/2000), com a subsequente ratificação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto n. 4.410/2002), e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006) (Simão e Vianna, 2017), o que se nota é um distanciamento profundo entre o projeto internacional de luta contra a corrupção e as escolhas e práticas do nosso país.

A nosso ver, o contexto internacional meramente impulsionou a elaboração de projetos de lei para o combate à corrupção, mas não muito mais que isso. As leis que foram aprovadas não foram debatidas com maior profundidade pela sociedade civil, nem foram cotejadas com o projeto internacional em curso, pautado na construção de uma cultura corporativa ética. Elas foram uma reação imediata do Congresso Nacional à inérita comoção nacional, legítima e pautada na experiência coletiva de décadas de desvios de recursos públicos. Representantes eleitos sentiram a pressão das ruas (diga-se, dos eleitores), e aprovaram leis a toque de caixa, com o objetivo de acalmar a multidão.

Não é à toa que a temática do *compliance* no Brasil se restringe ao microcosmo legislativo da anticorrupção, em especial à Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e o seu Decreto Regulamentador (Decreto nº 8.420, Brasil, 2015). Não poderia ser diferente, já que as leis foram respostas pontuais, sem conexão real com um projeto mais abrangente de adequação das empresas e instituições ao modelo de gestão de cumprimento normativo voluntário.

Com efeito, o histórico recente de combate à corrupção no Brasil é um reflexo desse processo. Sem a construção de um modelo híbrido, orientado também para a prevenção de práticas de ilícitos e para a reformulação do modelo de gestão das empresas, nossa prática se manteve e se mantém concentrada em seu aspecto repressivo, conforme se apura das grandes operações como “Mensalão”, “Lava Jato”, “Calicute”, entre outras.

Todas elas ainda têm algo em comum: o foco nas respostas penais para condutas individuais. A nosso ver, os movimentos de 2013 permitiram a superação de uma barreira imaginária, sobretudo cultural, que bloqueava a apuração de crimes de colarinho branco, em especial aqueles contra a administração pública e contra as licitações, inscritos respectivamente no Código Penal (Brasil, 1940) e na Lei Federal nº 8.666/93. Nada obstante, a metodologia utilizada para a luta contra a corrupção seguiu a tradição penalista brasileira, focada na repressão de condutas individuais. O modelo de persecução penal dos “*street crimes*” foi projetado no combate à corrupção, agora robustecido pelas ferramentas jurídicas dos acordos de colaboração premiada e eventualmente dos acordos de leniência (papel complementar), ambos focados na constituição de provas para processos individuais. Conclui-se que a discussão de *compliance* ainda está adstrita à matéria anticorrupção, única que alcançou projeção relevante na agenda pública, e que o debate correlato se concentra no aspecto repressivo, focado nas condutas individuais. De forma geral, esses dois fatores limitam a discussão sobre *compliance* no poder público brasileiro.¹

Nesse sentido, Eduardo Saad Diniz (2017) ressalta a relação entre corrupção, obsessão moral, punições inconsistentes e desalinhamento regulatório no Brasil. De acordo com o autor, a obsessão moral se projeta no tema da corrupção por meio de punições individuais, porque é tratada como um problema meramente moral e não negocial. Em muitos casos, trata-se de sanções inconsistentes, com rigidez maior do que a que a própria legislação lhe atribui.

Contudo, esse modelo sancionatório repressivo decorreria não só de uma pauta moralista, mas também da ineficiência do sistema de justiça. A incapacidade de se sancionar os comportamentos em larga escala acaba por gerar um sentimento generalizado de impunidade, e, com efeito, a necessidade de punir com rigor, a fim de compensar os casos não resolvidos.² Este é o centro do debate sobre o desalinhamento regulatório: as autoridades punem com rigidez porque não conseguem resolver os conflitos em grande número, por falta de instrumentos regulatórios adequados e compreensão da dinâmica na esfera econômica.

Esse fenômeno criaria um ambiente de insegurança jurídica, diante da incerteza criada para os regulados e para a sociedade civil como um todo. As empresas passariam

¹ Nesse sentido, Matheus de Alencar e Mariana Casemiro (2021) apontam as dificuldades de *compliance* no poder público quando a discussão é limitada a corrupção, indicando as limitações de se focar somente na sobreposição de controles.

² Ibid.

a operar em amplas margens regulatórias, que variam entre a total ausência de punição e punições severas e mesmo, por vezes, desproporcionais.³

Note-se que a crítica acima não nega o papel essencial da repressão penal em um leque regulatório devidamente equilibrado. O esforço de responsabilizar pessoas por condutas danosas é compromisso de um Estado democrático de Direito verdadeiramente comprometido com direitos e garantias fundamentais. Em verdade, o ponto de crítica que exige maior atenção no âmbito do *compliance* é a falta de introjeção de experiências pretéritas como mecanismo de prevenção à repetição de erros.

Em síntese, isso significa que é necessário superar a aposta de punições isoladas, de grande repercussão midiática, mas de baixa repercussão na cadeia criminosa. Isso é fundamental para melhor compreender os fatos, fatores e engrenagens que são inerentes às infrações cometidas no interesse e benefício de empresas, e entender qual seria a melhor estratégia para lidar com todos eles. Direcionar a melhor estratégia para lidar com os crimes econômicos (e não só a corrupção), entendido o fenômeno em sua dimensão concreta (econômica, e não moral) pode ser, enfim, o foco adequado da discussão de *compliance* no poder público.

A partir dessa perspectiva, o passo inicial é perceber o que não foi absorvido no fenômeno da luta contra a corrupção (enquanto um dos tipos de crimes de caráter econômico) até aqui, de modo a permitir o giro de tratamento estratégico do problema. Dois fatores iniciais parecem ser especialmente relevantes: (a) a responsabilidade penal da pessoa jurídica e (b) o aspecto preventivo dos programas de *compliance*.

Sobre (a) a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a experiência internacional aponta para uma correlação importante entre a existência e aplicação desse modelo de responsabilização, o fomento à adesão aos programas de *compliance* e a efetividade da regulação dos crimes de empresa.⁴

Da perspectiva do Direito Penal continental europeu, muito se discute sobre a pertinência da responsabilidade penal da pessoa jurídica como estratégia de eficiência político-criminal. Uma das formas de tornar essa responsabilização legítima e permitir que as empresas possam se defender é por meio do recurso à adesão aos programas de *compliance* como forma de diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade da empresa que se organiza contra os delitos por meio de tais programas. Ao final, além de se encontrar a legitimidade da responsabilização por este caminho, o modelo fomenta a adesão aos programas de *compliance*, potencialmente aumentando as chances de prevenção das falhas corporativas. As impressões sobre a eficiência político-criminal do modelo são muito difundidas ali, sendo digno de nota que as regulações nacionais que se valem desse modelo, mesmo as que adotam uma responsabilidade administrativa rígida, que correm junto do processo penal, têm se multiplicado no continente europeu.⁵

³ Ibid.

⁴ De forma geral: Tiedemann (2010).

⁵ Cf.: Nieto Martín e Garcia De La Galana (2019a. p. 635-662).

Na discussão da *common law*, por outro lado, John Braithwaite (1992) aponta a importância da estruturação estratégica dos modelos regulatórios para atingir o máximo da efetividade na prevenção das grandes falhas corporativas. Sob sua perspectiva, a regulação responsiva deveria ter, como topo de sua estrutura regulatória e de responsabilização, a própria responsabilidade penal da pessoa jurídica, capaz de forçar a autorregulação das empresas por meio de programas de *compliance* direcionados à resolução preventiva e/ou informal dos conflitos.⁶

Essas tendências e modelos, todavia, não foram replicadas na forma do estado da arte no Brasil. Conforme bem aponta Eduardo Saad Diniz (2018), o modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece como o topo da regulação nacional do crime corporativo somente nos casos de crimes ambientais, os quais, a seu turno, recebem respostas pouco significantes na legislação penal pátria. E, mesmo para esses poucos casos, a aplicação efetiva da responsabilidade penal das pessoas jurídicas aparece de forma rara. As respostas, na maioria das vezes, ignoram a organização das empresas para a evitação de práticas delitivas ou a verdadeira dimensão dos danos ambientais, ou mesmo a relação essencial entre a estruturação dos comportamentos da empresa na direção do delito e a causalidade relacionada à sua efetiva ocorrência. Ao final, a regulação brasileira é frágil e seus níveis de capacidade de fiscalização e fazer aplicar são muito pequenos, incapazes de enfrentar o tamanho e a envergadura dos recursos, bem como o poder concentrado nas grandes corporações que infringem valores éticos e exploram os recursos naturais pátrios.⁷

Já com relação ao (b) aspecto preventivo dos programas de *compliance*, há que se ter em conta seu objetivo específico de antecipar o fenômeno típico, a fim de impedir a sua ocorrência. Essa versão da luta contra a corrupção precisa ser recontada, na medida em que é deixada de lado pelas supracitadas megaoperações anticorrupção. Isso significa que, diante de crimes de natureza econômica, o Ministério Público pode se valer de outras estratégias mais eficientes e dotadas de maior resolutividade, para além da perseguição individual.⁸ Trata-se de evitar que ocorram certos conflitos que, *a priori*, são previsíveis. É justamente esse objetivo dos programas de *compliance*.

Contudo, não basta a previsão de sua existência. É necessário medir, com base em evidências, o impacto preventivo da regulação de *compliance* no Brasil.⁹ Somente com a conjunção de todos os fatores acima, é possível pensar no bom uso de *compliance* por um Ministério Público que se compromete a ser resolutivo para cumprir sua missão constitucional.

⁶ Dentre outros textos, conferir *Responsive regulation*. Transcending the Deregulation Debate (Braithwaite, 1992).

⁷ Sobre o tema, ver: Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance* (Saad-Diniz, 2018).

⁸ Sobre o perfil resolutivo e não demandista do Ministério Público, focado na resolução de problemas sociais relacionados à sua missão constitucional e não na criação de demandas e insistência com processos que não trazem respostas adequadas aos problemas enfrentados, conferir: Ministério Público: a nova missão institucional. (Rodrigues, 2012)

⁹ Em especial, conferir: *Ética negocial e compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial (Saad-Diniz, [2019], no prelo.

Diante desse diagnóstico, pode-se parcialmente concluir acerca da necessidade de se aprofundar os conhecimentos sobre os crimes econômicos e as respectivas estratégias de atuação, em especial nos casos de crimes de empresa, para além do direito penal tradicional, focadas somente na punição de indivíduos. Esse cenário se torna especialmente evidente nos casos de corrupção, delito que recebe mais atenção dentre os crimes de empresa, ainda tratado sob uma perspectiva moral.

Sob a ótica econômica, os esforços dos órgãos de controle deveriam ser destinados a garantir a adequação do comportamento e utilizar os recursos econômicos das grandes empresas envolvidas em desvios para reparação de danos (Saad-Diniz, 2019b). Isso significa, em síntese, que o poder público ainda não está efetivamente se valendo da doutrina de cumprimento normativo, pautada na análise de riscos de condutas criminosas previsíveis e na prevenção dos ilícitos de interesse ou benefício econômico, para nortear sua atuação no ataque ao problema. Isso mostra o potencial transformador da doutrina do *compliance* na produção de resultados efetivos por parte do Ministério Público, na sua missão constitucional de promoção do interesse público.

3. Propostas a partir do direito comparado

Ante o exposto, torna-se imperativo reconhecer que a noção de *compliance* no Brasil necessita de aprimoramentos. Por isso, passa-se a buscar alternativas em que a compreensão do fenômeno seja distinta daquela aqui observada. Deve-se identificar o problema de forma mais precisa e propor soluções mais eficientes.

Importante apontar, inicialmente, que essa busca por estudos a nível internacional não se confunde com a adesão acrítica a padrões impostos por quem também não resolveu seus próprios problemas, como já se criticou anteriormente. (Miranda, 2019, p. 66-73) O que se pretende é justamente buscar respostas adequadas, independentemente de onde elas estejam. Portanto, não se trata de fetiche com o que é estrangeiro, mas sim de exercício de humildade, de reconhecer as limitações do cenário brasileiro, conforme exposto no tópico anterior.

Dito isso, o ponto de partida do *compliance* é o reconhecimento do papel essencial da análise de riscos nos programas de cumprimento normativo. Conforme leciona Adán Nieto Martín (2019d, p. 131-154), os programas de cumprimento normativo, fundados em uma lógica de prevenção de condutas ilícitas, estruturaram-se em mapas de riscos, também chamados de *liability inventory* (inventário de responsabilidades). Dessa forma, é preciso organizar esses riscos de forma sistemática, de modo a que sirvam como roteiro para o *programa de compliance*. O professor espanhol cita como exemplos o art. 31 *bis*, 5.1, do Código Penal espanhol, a Lei chilena n. 20.393/2009 e as *Sentencing Guidelines For Organizations*, de 1991, nos Estados Unidos da América.

A análise de risco setorial se sustenta em dois eixos centrais. O primeiro consiste na análise de risco por atividade. Isto é, devem ser realizados estudos para cada área da empresa, a fim de verificar os possíveis riscos associados às diferentes etapas da

cadeia produtiva. O segundo eixo diz respeito à eleição de prioridades. Uma atividade empresarial pode conter infinitos riscos. Empreender é, por si só, uma atividade de risco. Viver também. Logo, os riscos considerados devem ser os mais evidentes e relevantes para a atividade empresarial. Segundo Adán Nieto Martín (2019b, p. 181):

A análise de riscos permite designar racionalmente os recursos preventivos da empresa para aqueles riscos mais importantes. É, deste modo, uma atividade essencial para que a empresa priorize quais são os riscos que deve controlar em primeiro lugar.

Curiosamente, a abordagem baseada em riscos de eventuais danos tem aparecido bastante em textos recentes acerca da proteção de dados pessoais. Trata-se, na verdade, de inspiração na legislação europeia para a sua adequação frente às demandas trazidas pelo novo marco legal brasileiro inaugurado pela Lei nº 13.709 (Brasil, 2018).¹⁰ O modelo da análise de riscos de eventuais danos impõe às empresas e às instituições um dever de reconhecimento sobre possíveis impactos que uma determinada atividade pode vir a causar, em diversos aspectos. As empresas terão de reconhecer que elas podem ser a causa de certos problemas, que produzirão impacto no seu entorno, e eventualmente danos, de acordo com estimativas de probabilidade.

Não se trata apenas de uma “luta contra a corrupção”, mas sim de um modelo de gestão orientado a reconhecer possíveis falhas da empresa, da necessidade de escolha de prioridades e de um funcionamento pautado na lógica da prevenção, em substituição à assunção de riscos regulatórios.¹¹ Somente após a estruturação de uma boa análise de riscos haverá clareza acerca das medidas que precisam ser tomadas, e de seus responsáveis. Vale dizer, o inventário de responsabilidades da empresa e dos indivíduos que a compõem é aquilo que, nos termos dos penalistas, designa-se por estruturação da delegação de deveres conforme os diferentes níveis hierárquicos corporativos (Nieto Martín, 2019d). Aqui, inclusive, reside a verdadeira chave de interpretação necessária para o trabalho posterior de atribuição de responsabilidades penais individuais nos órgãos de persecução. Isso significa que mesmo a responsabilidade penal individual se daria a partir da (des)organização da empresa, e não de forma indiferente a ela, como um problema meramente individual e isolado.

Avançando na literatura estrangeira, Adán Nieto Martín (2019d) assevera que *compliance* (ou cumprimento normativo) é um modelo de gestão empresarial fundado na ética corporativa, com o objetivo de reorientar a cultura empresarial. Vale ressaltar que, em princípio, já existe grande dificuldade no poder público para sequer entender a ética corporativa. Como bem observa Eduardo Saad Diniz (2019a), não podemos restringi-la à construção de estruturas de vigilância contra delitos sem efetividade comprovada, devendo ir muito além, especialmente no âmbito da formação

¹⁰ Sobre o tema: *Compliance* de dados pessoais. (Frazão *et. al.*, 2019)

¹¹ Cf.: Fundamento e estrutura dos programas de *compliance* (Nieto Martín, 2019d. p. 142-149).

empresarial e da geração de impacto nas atividades das empresas comprometidas com a responsabilidade social corporativa. Com isso, o autor entende que as empresas deveriam destinar parte de seus recursos a ações contrárias às fraudes.

Compreendido o sentido maior de *compliance* enquanto instituto novo para o direito, os programas de *compliance* são a ferramenta, ou aplicação da metodologia, para alcançar o supracitado objetivo de reorientar a cultura corporativa. Eles se estruturam na prevenção de condutas ilícitas, por meio da confecção de mapas de riscos, que se constituem no produto final do processo de análise de riscos que deve nortear a atividade de *compliance*. (Nieto Martín, 2019d)

Conforme dito anteriormente, uma boa análise de riscos costuma ser realizada por atividade, assinalando os (1) riscos associados às diferentes etapas da cadeia produtiva, para, em seguida, (2) eleger as prioridades dentre todas as possíveis infrações apuradas, sempre levando em conta o (3) contexto do setor econômico de mercado e o (4) histórico de crises e comportamentos desviantes da entidade e do setor. Isso exige, por certo, conhecimento profundo do “modelo de negócio” e do “chão da fábrica”, ou seja, das atividades em curso e dos diferentes setores empresariais ou institucionais.

Há, aqui, interesse especial em lançar luz sobre os fenômenos de infrações legais e éticas para, em seguida, criar incentivos aos comportamentos éticos e desincentivo às culturas antiéticas dentro das corporações. Esses incentivos e desincentivos terminam por se materializar nos mecanismos de prevenção, detecção e reação a falhas corporativas, ou seja: a partir da análise de riscos se dará a estrutura de todo o sistema de controle e das infrações dentro de uma organização. (Nieto Martín, 2019d)

Na esfera internacional, o grande marco de gestão de riscos está na “família ISO 31000” (ABNT, 2018), cujos padrões definem os principais critérios para a análise de riscos, a saber: (a) história da instituição analisada; (b) contexto do setor; (c) atividade central; (d) magnitude (com especial foco em práticas monopolistas e o impacto de uma empresa ou conglomerado em termos de falha de mercado); (e) partes interessadas (ou *stakeholders* de forma geral, mas em especial fornecedores e representantes, que são dependentes economicamente da empresa); (f) relações com o poder público e vice-versa e (g) liderança. São analisados, também, fatores externos, como: (h) impactos geopolíticos; (i) relações políticas locais; e (j) estrutura regulatória. A partir deles, é possível identificar gargalos de gestão e avançar na prevenção de infrações no âmbito empresarial e/ou institucional.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a análise de risco tem por objetivo apurar as falhas de desenho institucional e os riscos decorrentes da natureza da atividade desenvolvida. Aqui se vai além da ética individual, pois identifica-se os incentivos estruturais para a prática de determinadas condutas. O foco é especialmente no fator coletivo, isto é, no efeito do grupo no comportamento de diversos indivíduos (e não em um só), induzindo a prática de determinadas condutas, especialmente aquelas que levam a infrações legais e éticas justificadas pelo benefício comum ou pela naturalização do comportamento antiético/ilegal. (Nieto Martín, 2019c) Esse tipo de influência em empresas já foi evidenciado por algumas pesquisas com diferentes

abordagens metodológicas ao longo do tempo,¹² mas pode também ser esperado no caso das instituições públicas, guardadas as devidas diferenças.¹³

O objetivo final seria, pois, apresentar um modelo de gestão empresarial ou institucional que se sustente na elaboração de mapas de riscos por setor, analisando condutas a partir de um roteiro indicado pela criminologia, em cotejo com o histórico de condutas antiéticas. Com o diagnóstico dos fenômenos delitivos mais relevantes em mãos, a organização passa a ter consciência dos níveis de responsabilidade legal e seus respectivos riscos reputacionais. Esse processo profissional de dimensionamento e controle de riscos pode criar uma cultura efetivamente distinta, capaz de evitar atos indesejados, em especial a responsabilidade jurídica por fato ilícito e/ou o escrutínio público negativo. Ele pode até mesmo produzir valor em termos de mercado, especialmente a estabilidade de longo prazo, a partir da criação de novos serviços e produtos, e de uma nova pauta de compromisso social valorizada pela opinião pública e pela sociedade civil. (Saad-Diniz, 2002)

A aplicação dessa metodologia visa não só melhorar a dinâmica interna das organizações, mas também os ambientes de negócios e a realidade social em que estamos todos inseridos, a saber, o ecossistema humano.

Pode-se concluir, parcialmente, que as principais características dos países de práticas de *compliance* mais consolidadas são: (a) *compliance* é mais amplo, abrange temáticas variadas que vão além da corrupção, que é somente uma parte do seu objeto de análise; (b) seu foco se dá no comportamento das empresas ou instituições, os quais podem ser considerados “coletivos”, resultados de processos culturais de microassociações políticas, conforme se apura pela leitura da criminologia corporativa; e (c) *compliance* se ampara em uma lógica preventiva que aspira, em última instância, à efetiva e verificável redução dos índices de criminalidade. Busca, ainda, diminuir a quantidade de infrações éticas em esferas organizacionais, e a produção de valor em termos éticos. Isso é possível a partir do uso dos recursos econômicos das organizações, com o abandono da perspectiva clássica do “ataque ao dano causado”, para aderir a uma cultura de construção de ambientes sem danos (ou reconstrução de espaços degradados). (Gussem e Alencar, 2019, p. 104-123)

As propostas a partir do direito comparado vão, portanto, no sentido de incorporar à realidade brasileira essas três perspectivas essenciais de *compliance*.

¹² Para o compilado de algumas delas, conferir: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”* (Miranda, 2019, p. 25-33).

¹³ Em detalhes: *Desafios de integridade e compliance na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências* (Alencar e Casemiro, 2021).

4. A importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro

Dito isso, as propostas que se originam no direito comparado edificam as ideias centrais deste tópico, que pretende expor a importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro.

O primeiro ponto a se ter em conta é que o Ministério Público também é uma instituição, ainda que na condição de pessoa jurídica de Direito Público (e não uma empresa). Sua missão constitucional é muito clara: a busca pelo cumprimento das normas. Por isso, não seria exagero esperar que, enquanto fiscal da integridade de terceiros, o Ministério Público se organize de forma a estabelecer um modelo ético para si próprio, que inexoravelmente venha a servir de modelo para toda a sociedade.

A partir dessa perspectiva, foi apontado que a principal bússola das boas práticas no poder público é o interesse público constitucional. (Alencar e Casemiro, 2021) A defesa da *res publica* é o valor principal a ser buscado por qualquer iniciativa que aspire à integridade no poder público.

Todavia, em especial para o Ministério Público, uma ressalva essencial e primária acerca desse tópico é que a conduta republicana não deve ser confundida com o sucesso pessoal ou a vitória em casos judiciais. Não se pode admitir que se alcance um resultado final a qualquer custo, a despeito de evidências, verdades e do respeito às garantias e normas constitucionais. Existem balizas éticas que não podem ser abandonadas por quem exerce uma função pública de grande poder e importância, especialmente quando se aspira à construção de um modelo ético para toda a sociedade.

O processo criminal contra Amanda Knox,¹⁴ que tramitou nos tribunais italianos, inspira a reflexão. O que levou o Promotor de Justiça a seguir não só com o processo, mas sobretudo, com uma narrativa misógina e fantasiosa contra Amanda? Um caso em que a “intuição pessoal” superou a análise de evidências concretas e, em especial, científicas, para se transformar numa cruzada de responsabilidade criminal em face de uma jovem, no caso de estupro seguido de morte de sua recente companheira de quarto, quando todos os indícios apontavam para uma situação cotidiana – de invasão de domicílio seguida de estupro por um homem? Qual é o papel que o Promotor de Justiça exerce no imaginário coletivo, e qual é o papel que ele deve de fato desempenhar para garantir a efetividade da missão constitucional? É preciso atentar para a construção do conceito social de “autoridade” e as expectativas existentes em torno desse personagem, para que pessoas de carne e osso possam realizar seu trabalho com base em evidências concretas, em detrimento de projeções coletivas fantasiosas sobre a realização de justiça. Essa é uma questão que atravessa em particular as autoridades que compõem o sistema de justiça brasileiro, e deve estar presente no processo de elaboração do mapeamento de riscos das instituições ministeriais.

¹⁴ Retratado em documentário distribuído pela Netflix em 2016.

Feitas tais ressalvas, cumpre enfatizar que a promoção do interesse público constitucional demanda, necessariamente, evitar e combater o uso irregular da função pública para a obtenção de benefícios exclusivamente pessoais. Aqui, não se trata somente de benefícios de cunho econômico, mas quaisquer outros, tais como prestígio, reconhecimento externo, influência e poder. Conforme ressaltado acima, controlar idiosincrasias, abusos de poder e personalismos seria a tarefa principal de *compliance* na administração pública. (Alencar e Casemiro, 2021)

Considerando a importância da análise de risco para a estruturação de medidas de controle de riscos legais e éticos, como visto no capítulo anterior, não seria surpreendente que a tarefa principal de qualquer análise de riscos de caráter normativo, no poder público, fosse encontrar estruturas que incentivam comportamentos personalistas similares aos acima citados. A isso se somam atividades similares àquelas outrora citadas: (a) partir do conhecimento da realidade da instituição; e (b) propor análises por setor ou atividade, com sinceridade e humildade, reconhecendo a falibilidade inerente à condição humana, nos quadros do Ministério Público brasileiro, bem como a falibilidade da própria instituição enquanto organização de pessoas, que pode criar os mesmos incentivos coletivos de comportamento antiéticos.

Ao Ministério Público cumpre atividade extremamente relevante, que atinge os interesses de muitas pessoas. É justamente por isso que existem incentivos estruturais, a nível de engenharia institucional, para a prática de infrações, com influências externas e até mesmo internas de infração ao interesse público constitucional em favor de terceiros. É somente a partir do reconhecimento de que o Ministério Público é sim um grande alvo de interesses nem sempre republicanos que se pode falar na capacidade de transformação da instituição.

A partir disso, o processo é similar àquele já apresentado: realizando perguntas similares à ISO 31000, buscar-se-á o histórico da instituição, as partes interessadas, as relações pessoais possíveis, as relações com agentes externos, as possibilidades de atos discricionários e em desacordo com o interesse público constitucional, a análise por área de atuação, incluindo os processos, as rotinas e as atividades mais e menos sensíveis, considerando até mesmo as diferenças e os riscos e atores próprios das diversas atribuições de atuação finalística do Ministério Público. Deve-se reconhecer, portanto, o risco interno de corrupção, tráfico de influência, advocacia administrativa, captura regulatória, dentre outras mazelas típicas de agências de fiscalização e aplicação da lei.

O propósito da análise de riscos, aqui, seria basicamente expor comportamentos, incentivos e desincentivos, fenômenos antiéticos, padrões que se repetem com o tempo, inerentes a atividades sensíveis (como o poder de denunciar, arquivar, ajuizar ação civil pública contra agentes de grande poder biológico, político, ou econômico, entre outros), dentro do Ministério Público. O foco não seria nos indivíduos *per se*, mas sim no conjunto dos potenciais comportamentos típicos existentes em nível institucional, vale dizer: a identificação de comportamentos ilícitos que ocorrem de tempos em tempos, previsíveis em termos estatísticos.

Além da análise de riscos específica para uma instituição como o Ministério Público, seria possível pensar até mesmo em implementar mecanismos de controle que visem a prevenção, detecção e reação a infrações legais e éticas. Trata-se, pois, de espécie de *compliance* público ministerial que não se confunde com a Corregedoria e suas atribuições próprias, orientadas à apuração de desvios de conduta individuais sob a ótica repressiva, nem com a Ouvidoria, que recebe denúncias e trabalha na esfera da detecção.

A ideia de um *compliance* do Ministério Público, neste sentido, seria a de organizar estrutura focada na prevenção, centralizando as questões éticas essenciais e buscando a criação de cultura com foco na geração de valor para o interesse público. A Corregedoria, neste caso, seria apoiadora dessa iniciativa, exercendo a atividade de coerção, ou “*enforcement*”, das práticas e rotinas propostas. Igualmente, a Ouvidoria é importante ao apoiar com as atividades de recebimento e tratamento de denúncias internas ou externas de más-práticas. Nesse cenário, não haveria necessidade, por exemplo, de se preocupar com *compliance* recebendo denúncias, realizando investigações internas, procedimentos sancionatórios etc. Sob esse aspecto, bastaria uma boa integração com a Ouvidoria e a Corregedoria, de modo a implementar rotinas e práticas criadoras de cultura com foco na prevenção e geração de valor, conforme acima exposto. A atuação integrada dos três setores seria o estado desejado de promoção das boas práticas de integridade.

Pode-se depreender, então, que o foco de *compliance* para o Ministério Público seria a prevenção e identificação de desvios profissionais, que se projetam como falhas institucionais, com a finalidade de corrigi-los. Objetiva-se ter clareza quanto aos comportamentos antiéticos e ilícitos, em especial, conflitos de interesse entre o pessoal e o público, previamente à sua ocorrência.

Por fim, diante das particularidades das atividades típicas da administração da instituição (atividade-meio) e aquelas de fiscalização do ordenamento jurídico (atividade-fim), cumpre salientar algumas diferenças, na forma exposta abaixo.

4.1. Compliance para a atividade-meio

Considerando que a atividade-meio do Ministério Público corresponde à atividade regular da administração pública, ou seja, de gestão e governança institucional, estamos diante de funções como a correta adequação normativa e prática do orçamento, a estipulação de objetivos, metas, missões, valores e a garantia de que as coisas funcionarão conforme o planejamento estratégico no nível micro, seja na gestão de pessoas ou de recursos.

Seria esperado, pois, que iniciativas de *compliance* para o Ministério Público fossem aplicadas para essa função institucional. Valer-se de *compliance* como instrumento de controle de riscos normativos e geração de valor para o interesse público pode ser algo interessante da perspectiva de um Ministério Público resolutivo. (Rodrigues, 2012) Os objetivos perpassam a prevenção de condutas subversivas à lei,

de personalismos, de concentração de poder, bem como a produção de valor para o interesse público.

Há que se considerar, todavia, que as infrações na iniciativa privada têm características distintas daquelas típicas do poder público. Lá, o foco é no conflito entre lucros imediatos maiores e compromissos éticos, enquanto aqui a questão gira em torno da existência ou não de permissivos (e não de proibitivos) legais contra as condutas apuradas na prática, em especial quando há relação com atos de discricionariedade e concentração de poder, em favorecimento a interesses privados, que entram em atrito com a produção de valor para o interesse público. (Alencar e Casemiro, 2021) É igualmente importante levar em consideração que, na iniciativa privada, as empresas podem ser juridicamente responsáveis pelos atos apurados, enquanto no poder público as responsabilidades tendem a ser estritamente pessoais, salvo raras exceções.¹⁵

Ao mesmo tempo, muitos dos pilares de *compliance* já fazem parte da estrutura de controles da administração pública, tais como ouvidoria (canais de denúncia), corregedoria (investigações internas e aplicação de sanções) e controles específicos, especialmente de anticorrupção, conforme se apura nas regras de contratações, orçamento e ingresso de pessoal no poder público. A despeito disso, cumpre ter em conta a relevância de um programa de *compliance* para uma instituição como o Ministério Público, a fim de promover os objetivos institucionais e os valores que necessita proteger.

Um programa de *compliance* público poderia ser efetivo e retornar valor ao Ministério Público, tornando-se um instrumento complementar aos já existentes, focando principalmente no desenvolvimento de estratégias de diminuição de discricionariedades e personalismos na atividade institucional. Um programa de *compliance* para o Ministério Público deve se fundar na verificação do cumprimento dos mecanismos já existentes e de centralização de discussão da pauta ética da sua atuação, e na criação de uma cultura de cumprimento normativo e de resultados, com especial relevância para a proteção da privacidade no âmbito da proteção de dados pessoais. (Alencar e Casemiro, 2021)

No entanto, implementar um programa de *compliance* realmente efetivo, capaz de demonstrar impacto positivo nos sentidos ora apresentados, traz outros desafios: sobretudo, o real aporte de recursos, com pessoal capacitado, apto a entender as realidades próprias tanto da instituição quanto das práticas mais modernas de *compliance* e boa governança. O alinhamento da capacidade profissional e do aporte de recursos necessário para forjar um programa de *compliance* genuíno não é missão simples, especialmente quando os representantes do Ministério Público brasileiro enfrentam limitações de ordem financeira.

¹⁵ Para o cenário geral, cf.: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”* (Miranda 2019. p. 321 e ss.). Para as exceções, ver p. 350 e seguintes.

Mais do que ter um programa de *compliance* para cumprir um *checklist*, é importante que o programa de *compliance* seja efetivo de verdade, distanciando-se de estruturas cosméticas, incapazes de causar impacto na realidade. Considerando que isso tem um custo elevado, e em sendo o caso de insuficiência de recursos, seria mais interessante (desde uma perspectiva republicana) aplicar a escassa verba pública no aumento da efetividade dos controles existentes, inclusive por meio da potencialização a partir do recurso às novas tecnologias. (Gussem e Alencar, 2019)

Em face de tais ponderações, caberia sinalizar que *compliance* para a atividade-meio do Ministério Público seria especialmente importante para: (a) centralizar a instância responsável pela matéria, garantindo a sua institucionalização e promoção, de modo a fomentar o debate e a criação de cultura na instituição com relação a questões envolvendo ética (que é pública e não de negócios), desde uma perspectiva de nível estratégico (assim criando diretrizes para os níveis tático e operacional); (b) incentivar boas práticas na administração pública, servindo de suporte à Governança Pública institucional na esfera dos controles de riscos, especificamente os legais e éticos; (c) tratamento de figuras típicas relacionadas à corrupção, tráfico de influência, advocacia administrativa, captura regulatória, dentre outros problemas típicos de agências de fiscalização e aplicação da lei; e (d) a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos aos quais o Ministério Público tem acesso.

4.2. Compliance para a atividade-fim

Em seguida, com relação à atividade-fim, fala-se da atividade própria de fiscalização da ordem jurídica, que opera desde diligências até o ajuizamento de ações, elaborações de acordo e o tratamento do público, dos investigados e dos processados.

Para este nível da atuação ministerial é importante levar em consideração (a) a pluralidade de matérias, com todos os diferentes níveis de risco que perpassam cada uma delas, na forma do que já foi exposto anteriormente, bem como (b) a característica própria da independência funcional no Ministério Público brasileiro. Em síntese, para (a) cada matéria de atribuição, riscos diferentes devem ser analisados. Ao mesmo tempo, seu controle não pode afetar (b) a atividade ministerial na resolução de disputas, mas tendo em conta que a independência funcional não pode ser um escudo para falta de adesão ao cumprimento de normas legais e éticas definidas nos níveis legislativo e institucional.

Para a atividade finalística, de fiscalização da ordem jurídica, a primeira a sofrer o impacto de *compliance* é a atividade de controle externo, que pode se dar tanto sobre (i) empresas, no âmbito privado, quanto sobre (ii) outras instituições, na esfera do poder público.

Com relação às (i) empresas, no âmbito privado, há obviamente o fator do conflito entre maior lucro e o respeito às normas gerais de direito. Aqui, o papel do Ministério Público direcionado pelo olhar para *compliance* se dá principalmente na capacidade

institucional de avaliação do comportamento ético e de cumprimento normativo. A atividade inicial e principal seria, portanto, ter capacidade de avaliar se um programa de *compliance* de uma empresa é efetivo, cosmético, ou se está no meio do caminho, com esforço real sem capacidade de demonstração de efetividade ainda. O importante aqui é olhar para a qualidade da análise de risco, as condutas associadas ao modelo de negócio e de produção, bem como a tipicidade de condutas ilícitas que favorecem a empresa, tudo em comparação com os controles implementados na prática.

O essencial para cumprir bem a atividade seria, enfim, a capacidade de analisar a evidência produzida pelas empresas que alegam a excelência de seus respectivos programas de *compliance*, algo estrategicamente mais interessante do que trazer padrões de estruturação formais *a priori*.

Isso significa que, para além de somente verificar a existência ou não de componentes de um programa de *compliance* ou integridade (tais como código de ética, canal de denúncias etc.), seria necessário verificar a efetividade da estrutura de *compliance*, ou seja, se o conjunto de controles é capaz de atingir o objetivo macro desejado de controle de infrações éticas e criação de cultura capaz de produzir valor ético positivo para os *stakeholders*.¹⁶ Aqui, considerando a natureza da atividade, não cabe ao Ministério Público apontar o que ele entende que é *compliance* efetivo, ou estaria interferindo em medidas de governança de um ente privado, função que extrapola suas funções constitucionais. Por isso, somente o que pode fazer é exigir que as próprias empresas demonstrem a efetividade do que implementaram a partir da verificação da evidência de efetividade por elas produzida. A compreensão dessa função é essencial para que o Ministério Público não se coloque em posição indesejada, mas ainda deve vir acompanhada de adequada qualificação aos seus membros para que sejam capazes de realizar esta nova atividade de verificação da evidência de efetividade de *compliance* produzida pelos diversos entes coletivos.

Com relação a (ii) outras instituições, no âmbito do poder público, a discussão sobre *compliance* e a utilização de sua ótica para analisar fatos e organizações ainda se mantêm alguns passos atrás. A temática e difusão de sua prática ainda necessitam até mesmo de introdução. As poucas iniciativas de *compliance* no poder público até aqui têm se mostrado falhas ou insuficientes,¹⁷ quando existentes. Há ainda que se considerar tudo o que já se falou acerca das dificuldades de implementação de *compliance* no poder público, em especial a dificuldade de delimitação de seus objetivos e resultados, bem como a impossibilidade de implementação de uma estrutura efetiva diante da escassez de recursos. Um primeiro passo que pode ser

¹⁶ “Os *stakeholders* são os consumidores, investidores, fornecedores, mídia, ONGs, comunidade, meio ambiente, governos, concorrentes, proprietários, empregados e sindicatos, ou seja, todos que de algum modo se relacionam com as empresas. É um conceito muito mais amplo que o de *shareholders*, que se preocupa mais com lucros e dividendos, se restringindo aos investidores e proprietários das empresas. A mudança de paradigma de responsabilidade das empresas, passando dos *shareholders* para todos os *stakeholders* é um dos principais marcos no fomento das relações entre empresas e Estados e, principalmente, do surgimento dos chamados programas de *Compliance*”. (Alencar, 2014)

¹⁷ Sobre as pobres iniciativas até aqui observadas, conferir: Desafios de integridade e *compliance* na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. (Alencar e Casemiro, 2021)

proposto se relaciona não com a criação de mais órgãos, como se observou no próprio Governo do Estado do Rio de Janeiro,¹⁸ mas com a incorporação do conceito de análise e controle de riscos, de modo a conseguir introjeção das ideias de prevenção no corpo das estruturas já existentes. Em seguida, poderia ser um bom caminho de incentivo para as demais instituições e de aumento da efetividade da atuação fiscalizadora do Ministério Público nortear sua atividade pela verificação da implementação desta cultura da prevenção baseada em riscos.

De toda sorte, em ambos os casos (i e ii), é extremamente importante ter cuidado com o fator “portas giratórias”¹⁹ e com o conflito de interesses potencialmente gerado pela atuação ministerial e as práticas privadas. Sob esse aspecto, e com o intuito de garantir a reputação do Ministério Público, convém criar regras de quarentena para os integrantes da instituição que optam pela atividade profissional particular, de modo que não possam se beneficiar pessoalmente, em momento posterior, de medidas promovidas em caráter institucional.

Por fim, um último e importante efeito do uso da lente de *compliance* para a atividade-fim do Ministério Público diz respeito às consequências que pode causar na esfera de recurso a teses de responsabilidade. Conforme Artur Gueiros Souza (2014, p. 119-120), elas são duas:

¹⁸ “Um grande exemplo dos problemas e complicações apontados aparece no Estado do Rio de Janeiro. Isso se daria porque este ente federativo, em especial, é conhecido pelo “pioneirismo” na profusão normativa de *compliance*. Especialmente dois (II) dispositivos e duas (ii) situações são bastante intrigantes nesta seara. Com relação aos dispositivos, primeiro, (I) o Estado promulgou a Lei Estadual n.º 7753, de 17 de outubro de 2017, que dispõe sobre “a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro”. Em síntese, empresas que contratam acima de certo valor com o Estado do Rio de Janeiro são obrigadas a implementar um programa de integridade como condição necessária para a manutenção do contrato público. Após, (II) o Governador do Estado promulgou o Decreto Estadual (RJ) n.º 46.745, de 22 de agosto de 2019, que “institui o programa de integridade pública no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Estado do Rio de Janeiro”. Nota-se uma cobertura de “ponta-a-ponta”: a empresa contratada deve ter o programa de integridade e o ente contratante tem seu programa de integridade. Seria uma relação forçadamente íntegra, ou em *compliance*, ao menos do ponto de vista normativo. Em seguida, aparecem as situações, para contrapor o que existe de fato ao dever. A primeira é que, (i) apesar de tamanho arcabouço normativo, o retorno em integridade ainda precisa ser demonstrado, tendo em conta que os noticiários estiveram bastante ocupados com casos de suspeita de corrupção em contratações públicas emergenciais durante a pandemia de Covid-19, ou seja, contratações após a existência dos dois marcos normativos. Inclusive, não há qualquer nota sobre como os programas de integridade das empresas contratantes ou o programa de integridade no âmbito da administração direta funcionaram com relação aos casos narrados pelos periódicos e investigadores. A segunda situação (ii) se refere à condição dos patrocinadores deste arcabouço normativo de integridade. Em síntese, o Governador que sancionou a primeira lei se encontra preso por corrupção e aquele que promulgou o Decreto Estadual é atualmente investigado e alvo de processo de Impeachment em razão dos supostos casos de falta de integridade narrados pelos noticiários e investigadores. Esta conjunção de normas e situações podem servir de indicativo dos problemas a serem enfrentados por um pretensão *compliance* público.” (Alencar e Casemiro, 2021, p. 233)

¹⁹ “Durante o ano de 2017, doze escritórios eram considerados os melhores em consultoria de anticorrupção e *compliance* no mundo, compoando a lista do “Chambers & Partners”. Verificando o perfil dos líderes dos setores de *compliance* desses escritórios, foi possível encontrar que onze dentre os doze mais importantes escritórios de *compliance* do mundo eram chefiados ou tinham qualidade reconhecida por serem compostos por ex-persecutores, fiscais da regulação que passaram pela Securities Exchange Commission ou o Department of Justice dos EUA. Isso apontou para duas hipóteses muito relevantes para o objeto deste estudo: (1) *compliance* continua muito associado à regulação internacional que regula suborno e lavagem de dinheiro; e (2) a consultoria em *compliance* se tornou um negócio muito lucrativo para ex-fiscais que impunham a regulação de *compliance* às empresas.” (Alencar e Casemiro, 2021, p. 237)

A primeira vem a ser a responsabilização da própria pessoa jurídica infratora, ante a defecção das providências de controle e a desorganização interna, consubstanciada no desatendimento dos programas de *compliance*.

(...)

A segunda consequência das estratégias de autorregulação regulada e da adoção dos programas de *compliance* é a de clarificar a imputação de responsabilidade, a título de autor ou coautor, aos dirigentes da pessoa jurídica que descumprem os deveres de supervisão ou de contenção dos riscos da atividade.

(...)

Mesmo nas hipóteses de delegação de funções de supervisão e vigilância para funcionário situado no escalão intermediário da empresa (o chamado *compliance officer*), o dirigente mantém a originária posição de garante.

Isso significa que, a partir do reconhecimento da realidade de *compliance*, ou, em termos mais técnicos, das obrigações de prevenção (ou posição de garante) nas empresas,²⁰ a configuração de responsabilidades jurídicas gerais (civil, administrativa e penal) pode se tornar distinta, deixando de olhar isoladamente para quem cometeu um fato para buscar quem, dentro de uma perspectiva organizacional, deixou de tomar uma medida de prevenção essencial para evitar a ocorrência do fato.

Atuar de tal forma começa pela verificação de deveres e a própria estrutura de delegação empresarial,²¹ de acordo com a divisão de trabalho e a extensão dos deveres de se evitar danos em atuação em nome da empresa. Assim, será possível questionar sobre a estruturação da organização contra os fatos ilícitos observados e, por fim, ter capacidade de avaliar a efetividade das estruturas descritas, de modo a estipular onde estão os erros e quem seria responsável (delegado) por criar formas ou executar deveres que teriam o condão de evitá-los. Muda-se a perspectiva de atuação, que buscava provas da ação e vontade dos agentes imediatamente executores de uma ação geradora de dano, para a investigação das estruturas organizacionais e falhas no cumprimento dos deveres próprios de prevenção de quem atua em atividades de reconhecido risco. Pretende-se, com isso, finalmente atacar o que importa: a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas. Tudo isso para, ao final, ver essa enorme quantidade de recursos direcionada à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

²⁰ Em detalhes, sobre o tema, conferir: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o "bode expiatório"* (Miranda, 2019, p. 250-280).

²¹ Cf.: A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais e A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa (Lascuráin Sánchez, 2019a, p. 200-218, e 2019b, 345-375).

5. Conclusão

Compliance no Brasil ainda está muito ligado às discussões sobre combate à corrupção. Apesar da importância da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção de Empresas) e as repercussões da Operação Lava Jato, é necessário ir além. É preciso implementar mecanismos de prevenção que alcancem não só a evitação das práticas de suborno, mas sim todos os tipos de infrações legais e éticas que violem objetivos institucionais e valores eleitos pelos modelos de boa governança.

Nesse cenário, ao se falar de *compliance* no poder público, de modo a ir além de somente implementar estruturas formais de controle de suborno, é necessário ter atenção aos distintos conflitos em análise. Há que se considerar que as infrações na iniciativa privada têm características distintas, com foco no conflito entre lucros imediatos maiores e compromissos éticos. Já no poder público, o problema se dá sobre a existência ou não de permissivos (e não de proibitivos) legais contra as condutas apuradas na prática, em especial quando há relação com atos de discricionariedade e controle de poder, que entram em atrito com a função pública. O foco é evitar que condutas de agentes públicos favoreçam interesses privados em detrimento da produção de valor para o interesse público.

É de se ter em conta, ainda, que na iniciativa privada, as empresas podem ser juridicamente responsáveis pelos atos apurados, e *compliance* é um incentivo para diminuir sanções. No poder público, por sua vez, as responsabilidades tendem a ser estritamente pessoais, e *compliance* precisa encontrar sua função própria sem entrar em atrito ou redundância com outras estruturas já consagradas como as ouvidorias e corregedorias.

Levando isso em consideração, propôs-se aqui, na esfera do Ministério Público, que um programa de *compliance* público poderia ser efetivo e retornar valor caso se tornasse um instrumento complementar aos já existentes, focando principalmente no desenvolvimento de metodologia e rotina de avaliação da efetividade dos mecanismos já existentes e em estratégias de diminuição de discricionariedades e personalismos na atividade institucional. Deve centrar-se na discussão da pauta ética de sua atuação, criação de cultura de cumprimento normativo e de resultados, com especial relevância para a proteção da privacidade no âmbito da proteção de dados pessoais.

Finalmente, tendo tudo isso em conta, foi detalhada a relevância de *compliance* tanto para a atividade-meio quanto para a atividade finalística do Ministério Público.

Para a atividade-meio, foi proposto para *compliance*: (a) centralizar a instância responsável pela matéria, garantindo a sua institucionalização e promoção, de modo a fomentar o debate e a criação de cultura na instituição com relação a questões envolvendo ética (que é pública e não de negócios), desde uma perspectiva de nível estratégico (assim criando diretrizes para os níveis tático e operacional); (b) incentivar boas práticas na administração pública, servindo de suporte à Governança Pública institucional na esfera dos controles de riscos, especificamente os legais e éticos; (c) tratamento de figuras típicas relacionadas à corrupção, tráfico de influência, advocacia

administrativa, captura regulatória, dentre outros problemas típicos de agências de fiscalização e aplicação da lei e (d) a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos aos quais o Ministério Público tem acesso.

Já para a atividade finalística, falou-se inicialmente no controle externo de pessoas jurídicas de direito público e privado que são de dever do Ministério Público, em especial quando é necessário analisar a estrutura de controle de riscos destas instituições. Esteve reforçada a noção de que não basta ter um programa de *compliance* ou integridade; a estrutura deve vir acompanhada da verificação da efetividade de *compliance*, ou seja, para além de somente verificar a existência ou não de componentes de um programa, deve-se fiscalizar se o conjunto de controles é capaz de atingir o objetivo macro desejado de controle de infrações éticas e criação de cultura capaz de produzir valor ético positivo para os *stakeholders*. Enfatizou-se que, considerando a natureza da atividade, não cabe ao Ministério Público apontar o que ele entende que é *compliance* efetivo, ou estaria interferindo em medidas de governança de um ente privado, função que extrapola suas funções constitucionais. Por isso, o que pode fazer é somente exigir que as próprias empresas demonstrem a efetividade do que implementaram a partir da verificação da evidência de efetividade por elas produzida. A compreensão dessa função é essencial para que o Ministério Público não se coloque em posição indesejada.

Por fim, um último efeito do uso da perspectiva de *compliance* para a atividade-fim do Ministério Público se dá na esfera de teses de responsabilidade. A partir do reconhecimento da realidade de *compliance*, ou, em termos mais técnicos, das obrigações de prevenção (ou posição de garante) nas empresas, a configuração de responsabilidades jurídicas gerais (civil, administrativa e penal) pode se tornar distinta, deixando de olhar isoladamente para quem cometeu um fato para buscar quem, dentro de uma perspectiva organizacional, deixou de tomar uma medida de prevenção essencial para evitar a ocorrência do fato. Muda-se a perspectiva de atuação, que buscava provas da ação e vontade dos agentes imediatamente executores de uma ação geradora de dano, para a investigação das estruturas organizacionais e as falhas no cumprimento dos deveres próprios de prevenção de quem atua em atividades de reconhecido risco.

Pretende-se, com isso, finalmente atacar o que importa: a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas, para, ao final, ver essa enorme quantidade de recursos direcionada à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

Referências

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. *ABNT NBR ISO 31000:2018: Gestão de Riscos – Diretrizes*. Rio de Janeiro: ABNT, 2018. 20 p. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/iso-31000-de-2018-gestao-de-riscos-pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. Desafios de integridade e compliance na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant, 2021, no prelo.

_____. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de Compliance e suas consequências para o meio empresarial. In: SANTOS, Alfredo José dos; HENTZ, Luiz Antônio Soares (Org.). *Direito, Empresa e Mercado de Capitais*. Franca (SP): Legis Summa, 2014.

AMANDA Knox. Direção: Rod Blackhurst. Produção: Blackhurst *et. al.* Estados Unidos: Netflix, 2016. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80081155>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian N. *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Nova York, 1992.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 dez. 1940.

_____. Decreto nº 3.768, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1 dez. 2000.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. *Diário Oficial da União*. Brasília, 8 out. 2002.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 fev. 2006.

_____. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 mar. 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 jun. 1993.

_____. 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. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2 ago. 2013a.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 ago. 2013b.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

GUSSEM, Eduardo; ALENCAR, Matheus de. O Ministério Público e a cultura de integridade na era da tecnologia da informação. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto E. C. (Org.). *Compliance: o estado da arte – regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura de integridade no Brasil e no mundo*. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019, v. 1. p. 104-123.

ISO 31000:2018; Risk management – Guidelines. Mais em: <<https://www.iso.org/standard/65694.html>>, com acesso em: 12/12/2020.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019a. p. 200-218.

_____. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. In: MARTÍN, Adán *et al.* (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019b. p. 345-375.

MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: LiberArs, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II Coleção Business & Criminal Justice*. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019a. p. 635-662.

_____. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II* Coleção Business & Criminal Justice. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019b. p. 181.

_____. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II* Coleção Business & Criminal Justice. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019d, p. 142-149.

RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público: a nova missão institucional*. MPAM, 2012. Disponível em: <<https://www.mpam.mp.br/noticias-mpam/3493-artigo-promotor-de-justica-joao-gaspar-rodrigues-discorre-sobre-o-mp-e-sua-missao-institucional#.X9VpEOaSIPY>>, com acesso em: 12/11/2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 988, p. 25-53, fev., 2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Corrupção e compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. *Vitimologia corporativa*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b.

SIMÃO, Valdir Moisés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*. São Paulo: Jurídicos Trevisan Editora. 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de 'compliance'. In: *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 54. São Paulo, 2014, p. 119-120.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico*. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.