



express provision on internal governance rules, as a way of combating corruption and higher compliance with the private regime law. The law attempts to overcome existing gaps regarding the necessary compliance with the rules for the implementation of control and transparency mechanisms. Moreover, in order to overcome the interference power of governments in directing the policies and choices of public enterprises, the law began to establish requirements for those who can occupy the positions of leaders, as well as to establish restrictions on those who played the political- partisan. However, there are questions about the effectiveness of these legal forecasts, especially from the point of view of effectiveness, which may be overcome if accompanied by a more present management. However, there are doubts about how compliance, mechanisms designed for private companies, will be effective in the public area.

Keywords: *compliance – governance – State companies – transparency.*

1. INTRODUÇÃO

A ideia de *compliance* advém de empresas financeiras, com a lógica de estabelecer mecanismos de acompanhamento e efetivação dos princípios empresariais. O termo ganhou destaque como medida de combate à corrupção e forma de concretização de condutas probas e legais. A expressão é estadunidense, contudo, sua definição ainda está aberta e em construção, de acordo com a realidade na qual se aplica. Há quem o coloque ao lado de governança, ou o enquadre como transparência, acompanhamento e fiscalização.

Inicialmente cabe apresentar a diferença entre gestão de risco e *compliance*. A primeira pode ser entendida como a metodologia utilizada para administrar os riscos empresariais, como por exemplo, estabelecer os possíveis pontos fracos e falhas existentes, bem como definir as forças da atividade. Em contrapartida, *compliance* é o sistema de adequação das práticas da empresa às normas e às boas práticas.

Toda a tentativa de maior rigor com a legislação das estatais veio com as denúncias de casos de condutas corruptivas envolvendo-as, cada vez mais veiculados pela mídia. Dentre essas alterações legais, que tentam atribuir maior retidão à conduta das empresas públicas, pode-se enquadrar a Lei das Estatais, a qual teve como intuito



a

promulgação da Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013, aplicada com restrições às empresas estatais (LEAL; RITT, 2018). Ainda, como forma de tentar reforçar os mecanismos de combate às patologias corruptivas, foi promulgada a Lei n. 13.303, em 30 de junho de 2016, conhecida como Lei das Estatais, inovando no mundo jurídico a partir da definição de regramentos que impõem maior transparência e meios de controle interno. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016 e estabeleceu um novo estatuto jurídico, reparando uma lacuna existente no ordenamento jurídico acerca da previsão legal específica sobre as instituições estatais. A promulgação da Lei das Estatais ocorreu em um momento de crises institucionais, em meio ao processo de *impeachment* da Presidente Dilma, logo, a lei teve como pano de fundo um cenário de moralização do espaço político.

A Lei das Estatais foi editada com a finalidade de regular o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. O regramento legal gerou consequências que impuseram mudanças estruturais às estatais, para adequarem-se às exigências legais. As inovações impactaram na maneira como as estatais se organizam, pois trouxe requisitos e vedações para a nomeação dos dirigentes, obrigatoriedade para a estruturação de setores de auditoria e periodicidade de publicidade dos atos e resultados. Uma das tentativas da lei foi a de impor maior necessidade de capacitação técnica aos dirigentes da empresa estatal, como forma de tentar desvincular a indicação do caráter meramente político.

A lei n. 13.303, editada em 2016, com vistas a suprir as exigências de transparência e evitar maiores escândalos de corrupção, apesar da demora de quase trinta anos, tem o objetivo de regulamentar a organização das empresas estatais. A lei se aplica a todas, desde as que atuam na atividade econômica até as que efetivamente prestam serviços públicos, sendo que é definida uma pequena exceção, a depender da receita operacional bruta anual da empresa. Apesar de a previsão legal possibilitar que as empresas estatais passem a adotar medidas próprias das companhias privadas, a lei de 2016 estabelece que todas devem determinar, explicitamente, a função social que justifica a sua instituição. Ao determinar esta imprescindibilidade, a legislação estabelece uma obrigatoriedade que pode resultar até mesmo em reforma na lei de criação da empresa estatal.

Ainda, a lei estabelece algumas restrições que colocam em conflito direitos fundamentais. Dentre as suas previsões, a Lei n. 13.303/2016 não permite a



nomeação para os cargos dos Conselhos de Administração e Fiscal, bem como para a Diretoria, de quem tenha exercido função de dirigente ou liderança partidária nos seis meses que antecedem a nomeação. A medida foi interpretada como forma de proteger o comando da empresa estatal em relação à gestão pública de quem a comanda. Muito se questiona o loteamento dos cargos das empresas estatais com finalidades eleitorais, e a vedação foi uma forma de não tornar esses cargos moeda eleitoral. Todavia, existe conflito de direitos, de um lado o exercício de um cargo público, de outro, a efetiva vivência dentro de um partido político é uma das formas de concretização do direito fundamental de participação democrática. Neste sentido, as restrições às indicações, proibindo quem tem algum vínculo partidário ou com órgãos de classe foi um ponto debatido – e questionado até o momento por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5846 – ratifica a marginalização dos partidos políticos.

Assim, conjecturar que, apenas em razão dos vínculos político-partidários do indivíduo, será realizado um desvio de finalidade da empresa estatal é presumir a má-fé do agente e do gestor público.² A própria legislação traz requisitos técnicos mínimos, aos quais é possível atribuir maior rigor, sem que haja a vedação à nomeação do representante partidário. Os partidos políticos são instituições intrínsecas ao sistema democrático adotado pelo Brasil e, dessa forma, cada vez que uma nova regra impacta em seu funcionamento, enfraquecesse a instituição – que vem sendo criminalizada e depreciada diante dos escândalos. O combate à corrupção passa por mecanismos mais robustos de controle e fiscalização, uma vez que é possível burlar eventuais vedações com o desligamento partidário. Diante dessas questões controvertidas tramitam projetos de lei com o objetivo de afastar a vedação e alterar a lei neste ponto, bem como ações judiciais que questionam sua constitucionalidade.

Cristiana Fortini e Ariane Sherman destacam a necessidade da Lei das Estatais para que se efetive a transparência e o papel dessas empresas na organização do Estado. Nas palavras das autoras, o papel da lei é guiar “a estruturação e a atuação das empresas estatais, mitigando tanto quanto possível as

² “a presunção de boa-fé e de compromisso com a legalidade de todos os agentes públicos e de todas as instituições públicas não pode ser desfeita a fim de empoderar de maneira exclusiva um único ente, que também está sujeito a encontrar comportamentos reprováveis em seu seio” (SOBREIRA; VARGAS, 2017, p. 191).



econômica, uma vez que o artigo constitucional estabelece que a ordem econômica deve se fundar na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar uma vida digna, em observância aos princípios de soberania nacional, a livre concorrência. Assim, pode-se concluir que, para a contemplação da exigência legal, estes princípios presentes no texto constitucional devem ser observados (VICENTE; BANNWART JUNIOR, 2017, p.45).

De fato, mesmo que atuem diretamente na economia, e regidas em parte pelo Direito Privado, as empresas estatais estavam (e de certa maneira ainda estão) sujeitas à ingerência dos governos, o que se expressava na composição das suas diretorias (CARDOSO, 2016, p. 96). A possibilidade de que as nomeações para os cargos de direção fossem utilizadas com finalidade eleitoreira, causava instabilidade na gestão e no direcionamento de suas atividades. A mudança sobre o estatuto jurídico das empresas estatais traz previsões legais que têm a finalidade de impedir esta intervenção governamental na gestão, para que sejam “instrumentos destinados à contemplação de interesses públicos, de ordem estatal e não governamental” (VICENTE; BANNWART JUNIOR, 2017, p.47). Para além das vedações trazidas pela Lei n. 13.303/2016, passa a ser obrigatório que os dirigentes cumpram requisitos técnicos e profissionais, demonstrando a qualificação técnica e a experiência em cargos de gestão. Outra característica é o incentivo para que os servidores de carreira sejam indicados para ocupar cargos ligados ao comando, por meio da valorização técnica do tempo de carreira destes agentes dentro da instituição.

Para Clóvis Alberto Bertolini de Pinho e Marcia Carla Pereira Ribeiro, a exigência de comitês de auditoria é um dos mecanismos trazidos pela inovação legal, e que se mostra como um dos centrais modos de controle dos potenciais conflitos de agência nas empresas estatais, principalmente em razão do papel fortalecedor da transparência e da fiscalização dos atos de administração. Por seu turno, para os referidos autores, nada obstante as mudanças em relação ao Conselho Fiscal, este não demonstra um papel de relevância no combate aos conflitos de agência, isso em razão do histórico de não eficácia fiscalizatória destes conselhos, bem como a existência de sobreposição de funções entre o Comitê de Auditoria e o Conselho Fiscal (2018, p. 258-259).

Como outro elemento que tem por finalidade afastar a corrupção das empresas estatais, pode-se mencionar a obrigatoriedade do regulamento licitatório. O



documento, obrigatório a todas estas instituições, deve estabelecer explicitamente quais os mecanismos de contratação de bens ou serviços. Ainda, como forma de manter o equilíbrio entre as partes, para privilegiar a igualdade entre os contratantes, o regulamento licitatório deve prever prazos e modos de impugnação a qualquer edital de contratação, bem como o processo de contratação. Esses requisitos mantêm a segurança jurídica e tornam as partes de fato iguais nas relações contratuais. Até então, aplicava-se a Lei das Licitações e as demais legislações que regulamentam a contratação com o poder público. A partir da Lei das Estatais, cada empresa terá seu próprio regulamento, o qual, além de atender às obrigações da Lei n. 13.303/2016, pode adequar as regras à própria realidade.

Não obstante, a previsão legal alargou a concepção acerca das matrizes de risco nos contratos administrativos, concedendo liberdade às partes. Neste sentido “a lei das estatais deixa de lado a óptica tradicional da Lei n. 8.666/93 de decisão *ex post* acerca da alocação de riscos incidentes”. Deste modo, para situações de alterações está prevista maior igualdade entre os envolvidos, sendo que devem as partes saber “de antemão quais eventos darão e quais não darão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato” (CASTRO; MENEGAT, 2017, p. 252). As inovações tentam implementar novas regras pra evitar a corrupção, ao mesmo tempo em que ratificam a segurança jurídica e a transparência, estabelecendo obrigações que tentam forçar as empresas estatais a efetivarem as previsões legais, ao passo que há uma autonomia institucional para estabelecer regramentos que atendam às necessidades internas.

A lei n. 13.303/2016 prevê prazos e regras que devem ser cumpridas pelas estatais. A aplicabilidade de referidos regramentos difere conforme a movimentação financeira da estatal. Assim, para aquelas que apresentam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais, nem toda a previsão legal se aplica. Contudo, a observância aos mecanismos de governança interna é obrigatória a todas. Esse cuidado é uma tentativa de não estabelecer regras em demasia àquelas de pequeno porte. Por outro lado, a obrigação ampla de observância às questões de governança pode ser considerada uma forma de tornar estas empresas mais vinculadas aos regramentos empresariais. Com a crescente denúncia acerca das corrupções no setor privado e público, as pessoas jurídicas de direito privado passaram a adotar mecanismos de governança interna para que todo o corpo



a
empresa se relaciona com terceiros. Destaca-se que auditoria interna e *compliance* não se confundem. A auditoria se caracteriza por ser temporal e aleatória, ao passo que o *compliance* é rotineiro e permanente (RODRIGUES et al., 2016). É o *compliance* que tem a finalidade de fazer o acompanhamento cotidiano, não é um momento de verificação, mas sim uma concatenação de condutas que permeiam o dia-a-dia da empresa, uma vigilância constante. Ainda, conforme destacam Francine Silva Pacheco Gonçalves e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, o *compliance* não pode inviabilizar o desenvolvimento das atividades da empresa estatal, “ele é meio a justificar o fim e não um fim em si mesmo” (2018, p. 144).

4. A QUESTÃO DA EFETIVAÇÃO

Apesar de toda a previsão de obrigatoriedade de observância à lei, os próprios mecanismos internos de controle podem falhar, residindo neste ponto o problema de *enforcement*. Por *enforcement*, compreende-se o conjunto de regras existente dentro de uma instituição para a aplicação de sanções. Todavia, o conceito não tem uma tradução específica pra o português (OLIVEIRA; 2011, p. 16). A teoria sobre *enforcement* aborda as questões que extrapolam a mera aplicação de sanções, pois a legislação deve estar prevista de tal modo que desmotive efetivamente o agente de violá-la. Assim, é justamente em razão do custo do ilícito que a conduta deixa de ser praticada (BECKER; 1968).

O problema é como a aplicação e efetivação de referidas medidas irá ocorrer. Neste ponto, encontra-se o problema de *enforcement* da previsão legal. Ainda que a lei estabeleça prazos para as empresas estatais se adequarem, não há elementos para se afirmar que as medidas irão se efetivar. Os mecanismos de fiscalização e acompanhamento devem ser analisados com cautela e pensados de maneira estratégica. Para promover a concretização de uma política ou medida apenas a taxaçoão ou previsão de punição não são capazes de assegurar a observância legal. Além disso, os mecanismos de implementação de *compliance* podem trazer obstáculos para a aplicação do Processo Administrativo de Responsabilidade (VICENTE; BANNWART JUNIOR, 2017, p. 43), sendo que, para isso não acontecer, a matriz de risco estabelecida deve facilitar a identificação dos responsáveis e não tornar a responsabilização abstrata. Segundo redação do art. 42, X, da Lei das



Estatais, a matriz de riscos é “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações” (BRASIL, 2016).

A governança corporativa é um mecanismo de exercício do poder, com maior transparência e com mecanismos de controle objetivos, cujo intuito da relação coletiva é pautado na ética, que se dará por meio das práticas de *compliance*, o que consequentemente adere maior credibilidade à instituição (AMARAL, 2016). As ações ligadas à integridade da empresa estatal estão relacionadas com a área de *compliance* (CASTRO; GONÇALVES, 2018, p. 32). Estas obrigatoriedades aplicadas à governança delas é uma forma de compeli-las a agir de maneira mais responsável (VICENTE; BANNWART JUNIOR, 2017, p. 54). A opção legal “não pode ser considerada um meio absoluto de prevenção ao conflito de agência, mas expressa uma opção pela existência de regras gerais a respeito de conduta e ética que buscam conferir um padrão de conduta geral aos funcionários, diretores e administradores” (PINHO; RIBEIRO, 2018, p. 256).

Dentre as medidas de fortalecimento das práticas de *compliance*, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro e Francine Silva Pacheco Gonçalves destacam o código de conduta e integridade e políticas internas, canal de comunicação e denúncias, plano de comunicação e capacitação interna, monitoramento e acompanhamento do programa de integridade e *compliance* (2018). Para se efetivar a política de integridade e, de fato, evitem-se condutas corruptivas, é todo um sistema que deve operar, não basta uma conduta. É, na realidade, uma mudança cultural dentro da instituição.

Para além do incentivo ao cumprimento do dispositivo legal, para que efetivamente as regras sejam realizadas, deve haver a previsão de que o custo do descumprimento seja demasiado para ser suportado institucionalmente ou mesmo pessoalmente, de maneira a forçar o cumprimento da regra. Neste ponto, as previsões legais estabelecidas pela lei n. 13.303/2016 deixam algumas lacunas acerca de quais seriam os custos do seu não cumprimento, do ponto de vista da inovação. Pois, apenas em relação às mudanças sobre responsabilização dos dirigentes, as regras e punições ainda são as mesmas.



de reformar a Lei nos artigos que restringem a nomeação para cargos dos Conselhos e da Diretoria.

5. CONCLUSÃO.

A Lei das Estatais surgiu no mundo jurídico como forma de tentar reforçar os mecanismos de combate à corrupção. A partir das exigências sobre instrumentos de governança interna e das restrições para se compor os cargos de dirigente, o legislador tenta impor às estatais um distanciamento entre o governo e as referidas empresas. Isso significa que a finalidade da estatal deve ser direcionada a satisfazer à Constituição e aos princípios direcionadores da lei que a criou.

Contudo, estas imposições podem se tornar apenas previsões sem concretização, na hipótese de a fiscalização não ser realizada de maneira eficiente. Existirá um problema de efetivação caso os instrumentos institucionais das empresas estatais (regimento interno, estatuto e regulamento licitatório) sejam adequados à lei, mas as práticas sejam mantidas. De modo que, além das previsões sobre as sanções, a fiscalização deve ser efetivada. Não basta a transparência dos atos, nem tampouco a adequação do regramento legal. A conduta ética é baseada nas questões de previsibilidade, segurança jurídica e legalidade. É indispensável o acompanhamento rotineiro.

A dificuldade em efetivar o combate à corrupção no âmbito das empresas estatais passa por questões culturais. Desde o acompanhamento mais próximo das atividades, incluindo o controle social, até mesmo a concepção de que algo público é de todos e não quer dizer de ninguém. A ideia de transparência ainda é sendo concebida não apenas como a divulgação de dados financeiros, mas também por um mecanismo para que se possa verificar o cumprimento dos demais princípios da Administração Pública.

respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

§ 2o A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992.

§ 3o Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.



A lógica do *compliance* perpassa por um reenquadramento do próprio corpo interno das empresas públicas, a partir da concepção de que cada agente público individualmente tem o dever de fiscalizar, embora existam estruturas responsáveis organicamente por esta função. Outro desafio que atinge as empresas públicas é o próprio estímulo à adesão desta missão de combate à corrupção. Diferentemente das empresas privadas, as empresas públicas não podem oferecer benefícios financeiros por seguir a lei, a lógica é outra.

Não obstante, em que pese o combate à corrupção ser de extrema importância, é necessário se atentar que outros princípios constitucionais também devem ser observados nessa persecução. Com destaque, a principal finalidade de uma empresa pública é atender ao interesse público, de modo que qualquer sistema de integridade não pode obstaculizar sua finalidade precípua. Ainda, a segurança jurídica deve ser considerada em qualquer relação, principalmente naquelas em que um dos polos é ocupado pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. Lei das Estatais: Espectro de Incidência e regras de governança. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016- “Lei das Estatais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58- 70.

BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, n. 76, v. 2, p. 169-217, 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acesso em 08 de jun de 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 dez. de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Brasília, DF, dez, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 20 out 2018.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 30 jun 2016.



LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO PARA AS ENTIDADES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA QUANDO ESTAS FOREM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ESTATAIS. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/index>.

MIRANDA, Rubens Augusto de; AMARAL, Hudson Fernandes. Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 1069-1094. jul-ago. 2011.

OLIVEIRA, Alexandre Ataíde Gonçalves. Análise da eficácia do enforcement das obrigações de universalização dos serviços públicos de telecomunicações no Brasil. 2011. 155 f., il., Dissertação (Mestrado em Regulação de Mercados)—Universidade de Brasília. p. 16.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Corrupção e *compliance* nas empresas públicas e de sociedade mista: racionalidade das disposições da Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 241-272, jan./abr. 2018.

PLETI, Ricardo Padovini; DE FREITAS, Paulo César. A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de “compliance” pelo ordenamento jurídico brasileiro. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio**, p. 79-95. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/o9e87870/OS7Xu83I7c851IGQ>> Acesso em: 12 de set. 2018.

RODRIGUES, Maria Lúcia de Barros; OLIVEIRA, Pamela Danelon Justen de; ARAUJO, Alexandra Barbosa Campos de. Compliance no Setor Estatal. **Percursos**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 259-279. 2016.

SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade e Novos Inimigos: o Direito Administrativo frente à 5ª Medida contra a Corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela et al. **Eficiência e Ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 179-197.



VICENTE, Ísis Carolina Massi; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Consolidação de valores éticos nas empresas estatais e o combate à corrupção: práticas para efetivação de políticas socialmente responsáveis. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, e-ISSN: 2526-0073, Brasília, v. 3, n. 1, p.41 – 61. Jan/Jun. 2017.