XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr

Luciani Coimbra de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-770-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

MAIS UMA VEZ O CONPEDI SE AFIRMA COMO UM CONCLAVE DESTACADO PELA PESQUISA DE PONTA DA SOCIEDADE CIENTÍFICA DO DIREITO.

O GRUPO DE TRABALHO INTITULADO DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, COORDENADO PELOS PROFESSORES DOUTORES FERNANDO GUSTAVO KNOERR (UNICURITIBA) E LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO (UFMS) TROUXE A LUME OS MAIS RECENTES MEANDROS IMPRESSOS À DISCIPLINA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO, CENTRALIZANDO OS TEMAS DE MAIOR INDAGAÇÃO NA INFLUÊNCIA CRESCENTE DA CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE LIDES ADMINISTRATIVAS, PRINCIPALMENTE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, E TAMBÉM NA CONSEQUENCIALIDADE INSTIGADA PELAS REGRAS, AINDA EM AMADURECIMENTO, ACRESCENTADAS À LINDB.

“A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS INQUÉRITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, TEMA DO ARTIGO ESCRITO POR ANA LUIZA BRANDÃO DE AGUIAR VILAÇA E RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO, VERTICALIZOU A ABORDAGEM CRÍTICA DA PROIBIÇÃO DO ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCONGRUÊNCIA DESSA DISPOSIÇÃO COM A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ATÉ MESMO EM AÇÕES PENAIS (TRANSAÇÃO PENAL), DESTACANDO A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº. 179 DO CNMP QUE, EMBORA AINDA ENCONTRE OBSTÁCULOS EM SUA APLICABILIDADE – DADO O CARÁTER ABERTO DE SUAS DISPOSIÇÕES – REPRESENTA IMPORTANTE AVANÇO NA REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS EM MATÉRIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

O TRABALHO APRESENTADO SOBRE “A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017” POR LEANDRO SOUZA ROSA E FERNANDO GUSTAVO KNOERR, DEMONSTROU DE FORMA CONTUNDENTE A PLENA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, AFASTANDO O RISCO DE TRANSFORMAR USUÁRIO EM CLIENTE PARA COMPROVAR QUE O CARÁTER TUTELAR DESTE DIPLOMA LEGAL É INCLUSIVO, PROTEGENDO DE IGUAL FORMA TANTO OS USUÁRIOS QUE CUSTEIAM DIRETAMENTE O SERVIÇO MEDIANTE O PAGAMENTO DE TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS, QUANTO OS QUE, NÃO TENDO CONDIÇÕES DE FAZÊ-LO, TÊM DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO PELA TITULARIDADE DA CONDIÇÃO DE CIDADÃOS.

"A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO" FOI TRATADA POR FERNANDO DE BRITO ALVES E POR LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHIA, DEFENDENDO O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, PERMITINDO DESTE MODO O CONTROLE JUDICIAL ANTECIPADO NA ESTRUTURAÇÃO DOS CANAIS DE ARRECADAÇÃO E DESPESAS DO ESTADO. COLOCOU NO CENTRO DE DISCUSSÃO O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE RESERVADO AO GESTOR PÚBLICO DIANTE DESSA EVENTUAL PRERROGATIVA JUDICIAL, ANALISANDO A ESCALA DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO LONGO DOS MODELOES ESTATAIS PARA SEPARAR OS DIREITO DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES. CENTROU A ANÁLISE NOS DE SEGUNDA GERAÇÃO JUSTIFICANDO QUE, POR SEREM VOCACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SÃO EXATAMENTE OS QUE CAUSAM MAIOR IMPACTO ORÇAMENTÁRIO, INVOCANDO O TEMPERO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COM A EFICIENTE GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHINA, ABORDOU A "ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE", DESTACANDO O RISCO DE INVASÃO DE COMPETÊNCIAS CONTROLADORAS NAS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS EXPEDIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AFIRMANDO QUE HÁ DE FATO UM CONFLITO A SER RESOLVIDO PELA DEFINIÇÃO MAIS CLARA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DE CADA ENTIDADE, PRINCIPALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO CONTROLE FINALÍSTICO. DESTACOU QUE ESTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS MUITAS VEZES PROTELA A EFICÁCIA DO CONTROLE EXERCIDO TANTO PELAS AGÊNCIAS QUANTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, POIS A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONDUZ À JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

RENAN GOMES DE MESQUITA ABORDOU “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATINENTES AOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF PARA O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO”. PARTINDO DE UM CASO PRÁTICO COLHIDO DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES POR MUNICÍPIOS – MUITAS VEZES POR CONTRATAÇÃO DIRETA – PARA A BUSCA DE VERBAS DO FUNDEF. AFIRMOU QUE A CONTRATAÇÃO DIRETA SERIA ILEGAL, POIS O TRABALHO DESENVOLVIDO NÃO SE REVESTE DE SINGULARIDADE A PONTO DE JUSTIFICAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, TRIBUTANDO A CONTRATAÇÃO À AUSÊNCIA, EM MUITOS MUNICÍPIOS, DE PROCURADORIA CONSTITUÍDA COM SERVIDORES, ORÇAMENTO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA DESENVOLVER ESTE TIPO DE FUNÇÃO, O QUE DISPENSARIA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO PARTICULARES. DESTACOU, PORTANTO, QUE: 1) NÃO SE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 2) A PROCURADORIA MUNICIPAL DEVE DESEMPENHAR ESTA FUNÇÃO; 3) OS VALORES DO FUNDEF ESTAVAM SENDO DESVIADOS PARA O CUSTEIO DE ADVOGADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COBRADOS EM PERCENTUAIS E; D) OS VALORES COBRADOS SERIAM ABSOLUTAMENTE ALEATÓRIOS.

O TEMA “A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?” FOI PESQUISADO POR MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI E ISABELLA CALABRESE SIMÃO, DESTACANDO QUE O TRANSPLANTE DAS REGRAS DE TERCEIRIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APLICADA LÁ E AQUI DE FORMA IRRESTRITA, COMO CONSEQUÊNCIA DA RECENTE REFORMA TRABALHISTA, NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA ANCORAR-SE, QUANDO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM NO DECRETO-LEI 200/1967 – ATÉ PORQUE SE TRATA DE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NEM NA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONCLUI QUE O DECRETO Nº. 9.507 /2018, AO ADMITIR A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ASSUME FEIÇÃO INOVADORA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE APENAS PODERIA SER RECONHECIDA À LEI, E POR ISSO APROXIMA-SE DA CONDIÇÃO DE UM DECRETO AUTÔNOMO, INCONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIALMENTE.

“A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO” FOI TRATADA POR JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR E POR LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK, PONDO EM DESTAQUE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM GOVERNO HONESTO, LIVRE DA VIOLAÇÃO MORAL SUPERIOR (CORRUPÇÃO), AMPARADO NA TRILOGIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA + PRINCÍPIO REPUBLICANO + CIDADANIA. O TRABALHO DEMONSTROU QUE A CORRUPÇÃO VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRODUZ EXCLUSÃO SOCIAL.

O TRABALHO SOBRE “AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” FOI APRESENTADO POR MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, TRATANDO DAS CRÍTICAS QUE AS NORMAS SOBRE A DISCIPLINA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ACRESCENTADAS À LINDB SOFRERAM, REPELINDO-AS MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE TÊM UTILIDADE ESSENCIAL QUE VAI MUITO ALÉM DE UMA MERA LISTA DE OBVIEDADES, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SE CONSTITUA EM LEI AUTÔNOMA. A LINDB, ASSIM COMO AS LEIS EM GERAL, DEVEM SER CONSIDERADAS FERRAMENTAS QUE POTENCIALIZAM, A AÇÃO HUMANA.

“CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE” FOI O TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR GISLENI VALEZI RAYMUNDO, AFIRMANDO QUE O SISTEMA BRASILEIRO ADMITE FORMAS DE CONTROLES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE NÃO SE LIMITAM AOS MÉTODOS TRADICIONAIS, SENDO CERTO QUE A PRÓPRIA POPULAÇÃO PODE TAMBÉM EXERCÊ-LOS POR MEIO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRETA PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO. DESTACA A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE TAMBÉM NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO RELEVANTE INSTRUMENTO DE FOMENTO À CULTURA DA PROBIDADE.

ERIC JOSE MIGANI E ROBERTA MARTINS SOARES MACIEL ISMAEL APRESENTARAM O RESULTADO DE PESQUISA DIRECIONADA À ANÁLISE DO “DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS”. INICIANDO POR UM PERCURSO HISTÓRICO DA LINHA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PASSANDO PELA ADEQUADA DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA APORTAR NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. A CONFLUÊNCIA DESTES TEMAS ENVEREDOU PARA O DESTAQUE DO TEMA 784/STF, CONCLUINDO QUE

HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO QUANDO A) O CANDIDATO FOI APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL; B) HOUVE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO E; C) FOI REALIZADO UM NOVO CONCURSO QUANDO AINDA VIGENTE O ANTERIOR.

PARA TRATAR DA “LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL”, MARIANA MARA MOREIRA E SILVA REALIZOU UMA PROFUNDA PESQUISA DE CAMPO, CONSULTANDO 27 TRIBUNAIS. RECEBEU RESPOSTA DE 17 E, PORTANTO, CENTROU SUA ANÁLISE EM 62,96% DOS TRIBUNAIS CONSULTADOS, CONCLUINDO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

“O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”, TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA, PROPÕE COM MUITA ACUIDADE A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA, MUITAS VEZES MANIQUÍSTA, ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE, INSTITUINDO GRAUS DE VINCULAÇÃO PARA DESTACAR QUE NUM GRAU INTERMEDIÁRIO DE VINCULAÇÃO ESTÃO OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E, DESSE MODO, QUANTO MAIOR A VINCULAÇÃO, MAIOR A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.

O TRABALHO SOBRE OS “REFLEXOS DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” FOI ESCRITO POR LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR E POR AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA, A PARTIR DE UMA PESQUISA COMPARATIVA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, PARA CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL, RESSALTANDO A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE FECHADA E, NESSA LINHA, A ABERTURA DE ESPAÇO PARA A ARBITRARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES.

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA PESQUISOU “SOBRE A ORIGEM DO ESTADO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, RESULTANDO UM TRABALHO DE ABORDAGEM FORTEMENTE TEÓRICA, COM NÍTIDO APORTE SOCIOLÓGICO, PERCORRENDO FAORO, WEBER E OUTROS DESTACADOS SOCIÓLOGOS EM BUSCA DO CONCEITO DE ESTADO PATRIMONIALISTA PARA APROFUNDAR A ANÁLISE CRÍTICA DOS CONCEITOS DE NAÇÃO E NACIONALISMO.

A “TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENFRENTANDO O ARGUMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” FOI OBJETO DO ESTUDO DESENVOLVIDO POR JOÃO LUCAS ARCANJO CARNEIRO E RAFAEL DA NÓBREGA ALVES PRAXEDES, PONDO EM LINHA DE ANÁLISE PARA SUPERAR A APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMONSTROU QUE A CONSENSUALIDADE NAS LIDES QUE ENVOLVEM O INTERESSE PÚBLICO COM ELE SE HARMONIZA NA MEDIDA EM QUE EVITA O ABARROTAMENTO DA ESTRUTURA JUDICIAL, CONDUZINDO A UMA SOLUÇÃO DE CONFLITOS MAIS RÁPIDA E EFICAZ.

PROFESSOR DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

PROFESSOR DO PPGD DO UNICURITIBA

PÓS-DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELO IUS GENTIUM CONIMBRIGAE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PROFESSORA DRA. LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

PROFESSORA DO PPGD DA UFMS

DOUTORA EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE

INTERNAL CONTROL OF LEGAL PERSONS: FROM THE OMBUDSMAN TO THE COMPLIANCE SYSTEM

Gisleni Valezi Raymundo

Resumo

Trata-se de breve abordagem acerca dos controles externos e internos aos órgãos da administração, bem como das pessoas jurídicas. Primeiramente, o assunto é pontuado mediante a exposição dos controles previstos no texto constitucional, quer seja por meio de instituições, quer seja por meio da atuação popular, abordando o conceito de ombudsman. Diante dessa perspectiva, se insere o atual debate sobre os programas de compliance, que refletem um desdobramento dos sistemas de controles tradicionais e se constituem em verdadeiro dirigismo estatal nas relações empresariais, para o fim de preservar padrões ético de comportamento.

Palavras-chave: Controle externo, Ombudsman, Compliance

Abstract/Resumen/Résumé

This is a brief approach on external and internal controls to the administrative bodies as well as legal entities. First, the subject is punctuated by exposing the controls provided in the constitutional text, either through institutions or through popular action, addressing the concept of ombudsman. In view of this perspective, the current debate on compliance programs is inserted, reflecting an unfolding of the systems of traditional controls and constituting true state leadership in business relations, in order to preserve ethical patterns of behavior.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: External control, Ombudsman, Compliance

1 INTRODUÇÂO

Os controles das receitas e das despesas públicas foram objeto de regulamentação extensa pela Constituição de 1988 (CR/1988), que são exercidos por meio de órgãos constituídos e pelos mecanismos de participação popular. Para além dessa percepção, o Poder Constituinte originário, nesse contexto, adotou mecanismo de controle direcionado a zelar pela independência das próprias instituições, direitos e garantias fundamentais, cuja característica é a independência de atuação, a semelhança de um *ombudsman*, existente em outros países, com origem sueca.

O tema adquire maior notoriedade com a promulgação e publicação da Lei n. 12.846/13 que busca a exigir das pessoas jurídicas um comportamento ético com a implantação de guias de conduta e de monitoramento contínuo no âmbito empresarial, por meio dos programas de *compliance*, cujos objetivos são expostos ao longo do texto.

2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 (CR/1988): REGIME DEMOCRÁTICO, PARTICIPAÇÃO POPULAR E SISTEMAS DE CONTROLE

Ao cogitar sobre a existência de órgãos de controle no âmbito do texto constitucional, o primeiro a ser lembrado é o Tribunal de Contas. Previsto no Título IV "Da Organização dos Poderes", Capítulo I "Do Poder Legislativo", Seção IX "Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária", da CR/88, o Tribunal de Contas é um órgão do Poder Executivo, seja ele da União, Estado ou Município (quando existente, esse, previamente à redação do art.31, § 4º, do texto constitucional). Trata-se de controle externo que não exclui a fiscalização interna de cada poder.

Dentre as inúmeras competências que lhe são atribuídas, destaca-se a da "fiscalização", a qual está prevista em duas oportunidades, nos incisos "IV" e "V", do art. 71, da CR/88, com o objetivo de auditar contas de empresas supranacionais de cujo capital social a União participe[1] ou pela existência de recursos repassados pela União (ou do respectivo ente federativo, o que pode ser entendido como despesa pública)[2]. Sobre a atuação dos Tribunais de Contas Uadi Lammego Bulos dispõe:

> Os Tribunais de Contas são órgãos públicos e especializados de auxílio. Visam orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, contudo, subordinarem-se a ele. Por isso, possuem total independência,

[1] A ITAIPU Binacional é um exemplo de tal modelo de empresa.
[2] RENATO, Jorge Brown aponta sobre a função fiscalizadora do Tribunal de Contas: "A função fiscalizadora é exercida pelo Tribunal por intermédio de auditorias, inspeções, acompanhamentos, verificação de contas, atos, contratos e registro de atos de pessoal; é a função precípua e original da atividade de controle." (2002. p. 82).

> cumprindo-lhes, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização. (BULOS, 2009, p. 1010).

A gênese desse controle externo, caracterizado pela existência de um órgão, emergiu com a doutrina de Rui Barbosa. É isso que explica Santos (1999).

> Nesse raciocínio de Rui Barbosa, o Tribunal de Contas situava-se fora dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, nem acima nem abaixo de nenhum deles, sem subordinação ou dependência, colocado em posição autônoma, como um mediador independente entre os três poderes da República. (SANTOS, 1999, p. 160).

Adiante, na redação de seu art. 72, o texto constitucional, - ao complementar a existência do controle externo – a CR/88 reforça a necessidade de controle interno dos Poderes instituídos e prevê que qualquer cidadão, partido político ou sindicato possui legitimidade para denunciar eventuais irregularidades ou ilegalidades fiscais, orçamentárias, patrimoniais, dentre outros, quando envolverem valores públicos.

O controle interno é explicado por Celso Antonio Bandeira de MELLO, que aponta as considerações abaixo sobre o tema:

> (...) a Administração – de resto, tal como os Poderes Legislativo e Judiciário – deverá manter um sistema integrado de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial. (MELLO, 2010. p. 939).

Esse modelo de controle adotado pela Constituição da República de 1988 (CR/88), vale ressaltar, contudo, não se concentra em apenas um órgão externo – como é o caso do Tribunal de Contas – ou interno de cada Poder[3], mas contempla outras formas de fiscalização que se consubstanciam em instrumentos de participação popular, aptas a auxiliar na probidade da gestão pública, o que é característico no atual regime democrático. Tratam- se, portanto, de mecanismos complementares.

É notório que a democracia é espécie de participação popular, forma de regime político adotado pelo texto constitucional, com previsão no preâmbulo e artigo 1º, parágrafo único. O aperfeiçoamento de tal regime é uma construção paulatina das diversas sociedades que o adotam.

[3] CITADINI, Antonio Roque aponta a diferença entre controle interno e controle externo: "A principal característica dos órgãos de controle interno é ser parte integrante da Administração e inserir-se na órbita do Governo. Diferente é a situação dos órgãos de controle externo, que estão fora do Poder fiscalizado, em posição de autonomia." (CITADINI, 1995, p. 88-89).

Tratam-se, em verdade, de sucessivas experiências de convivência e valores humanos afetos a particularidade de um grupo de indivíduos determinados.

Objetiva, tal processo, assegurar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sob uma ótima de conquistas sucessivas. Ressalte-se que o conceito de democracia varia de sociedade para sociedade, de acordo com os respectivos valores de cada uma. Dessa forma, importante salientar que o regime político democrático está assentado em dois grandes princípios fundamentais, destacados por José Afonso da Silva (2001):

> A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundários: o da representação. (SILVA, 2001, p. 19).

Diante de tal contextualização, infere-se do artigo 1º, parágrafo único, que o texto constitucional elegeu como forma de participação democrática a Democracia Indireta ou representativa. Note-se que essa opção constitucional, diante da complexidade das relações sociais, faz como que as funções governamentais sejam delegadas para terceiros, que a exercem por meio de representação.

Contudo, existem formas de participação políticas semidiretas, regulamentadas para casos específicos. Para tanto, foram eleitas vias que possibilitassem o exercício, direto e semidireto, da democracia política, expressas nos artigos 14 ao 16, ambos do texto constitucional, a saber: sufrágio universal, plebiscito, referendo e iniciativa popular, as quais serão analisadas adiante.

O Sufrágio universal está previsto no artigo 14, *caput*, do texto constitucional, e como tal, se configura forma de exercício da soberania popular. Trata-se de direito político, inserido no Título II da Constituição da República como direito fundamental, erigido, portanto, a categoria de cláusula pétrea. Para Paulo BONAVIDES, o sufrágio constitui-se em verdadeiro poder atribuído, sob determinadas condições, a pessoas, a fim de que essas optem pelos destinos da sociedade, em trecho adiante destacado:

> O sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública. Com a participação direta, o povo politicamente organizado decide, através do sufrágio, determinado assunto de governo; com a participação indireta, o povo elege representantes. (BONAVIDES, 2002, p. 25).

No Estado Democrático Brasileiro, o exercício desse poder é universal, já que não está adstrito a qualquer condição de riqueza, raça, sexo, dentre outros. Note-se que seu exercício ocorre por meio do voto direto e secreto, de acordo com os termos do texto constitucional. Tal forma de participação democrática é comumente a mais difundida entre os cidadãos brasileiros, já que esses são convocados periodicamente para exercitá-la.

Para que determinada população saiba efetivamente exercer o direito de voto, em método concretista de Constituição Aberta, deverá haver uma adequação da Constituição e realidade e, por derradeiro, a garantia de direitos fundamentais que essa expressa, como preconiza Bonavides (2002), com palavras que adequam ao tema ora estudado, transcritas a seguir:

> O bom êxito da moderna metodologia ficará porém a depender de um não afrouxamento da normatividade pelos órgãos constitucionais judicantes na medida em que estes fizerem uso dos novos instrumentos hermenêuticos, nascidos da necessidade de maior adequação da Constituição com a realidade, bem como do dinamismo normativos do Estado social, o Estado que constrói o futuro da sociedade democrática. (BONAVIDES, 2002, p. 32).

Entretanto, como já disposto acima, o sufrágio é poder conferido a determinado número de pessoas, sendo que tal ingerência participativa não ocorre somente por meio do voto. O texto constitucional prevê, ademais, outras formas de participação democrática, e dessa vez semidiretas, das quais é necessário o desenvolvimento de breve explanação.

Nessas duas modalidades de participação direta popular no destino de determinados assuntos, os próprios cidadãos, sem eleição de representantes que o façam, decidem acerca de questões atinentes ao interesse público. Trata-se de formas de exercício do sufrágio, diversas do voto. O plebiscito constitui-se em consulta popular prévia, para que se decidam previamente assuntos institucionais ou políticos, de forma a autorizar o início de um processo legislativo.

O texto constitucional contempla casos específicos de realização de plebiscitos, como formação de novos Estados e novos Municípios, de acordo com previsão do artigo 18, § 3º e § 4º, do texto constitucional. Cite-se, ainda, artigo 2º, do ADCT, que previu o plebiscito para escolha de sistema e forma de governo. A convocação de tal modo de participação deverá ocorrer por meio de pleito formulado pelo do Congresso Nacional, em previsão expressa do artigo 49, XV, da Constituição da República.

Em contrapartida, o referendo é “controle” de projetos de lei já aprovados pelo Poder Legislativo, constituindo-se em condição de procedibilidade para a vigência de determinada lei. Ressalte-se que o Congresso Nacional possui atribuição exclusiva para autorizar seu processamento, nos termos da redação do artigo 49, XV, do texto constitucional.

Adicione-se, ainda, outra forma de participação popular prevista no texto constitucional, que merece atenção, a iniciativa popular. O texto constitucional, ao disciplinar formas de exercício de direitos políticos prevê ainda a iniciativa popular, como meio para início do processo legislativo, observados determinados requisitos formais.

Note-se que, das formas de exercício de sufrágio universal, esta é a que contém maior caráter significativo da participação popular, já que sua gênese se concentra em assuntos que precisam de regulamentação legal e estão afetos, diretamente, aos anseios do cidadão.

Destaque-se, nesse contexto, que a iniciativa do projeto de lei demonstra-se como verdadeiro instrumento de limites de liberdades e expressão de justiça para uma determinada sociedade. A lei, em um sistema jurídico positivista - como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro - consubstancia-se como criadora de verdades ou limitadora de direitos. Sobre o assunto, interessante destacar os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001), quando da análise dos aspectos da lei, em dois sentidos, nos termos assinalados adiante:

> A primeira é ser a lei – na concepção prevalecente – necessariamente a Expressão da justiça, com os corolários de que é geral e abstrata, aplicando-se a todos os casos, sem levar em conta os envolvidos, além de igual para todos os seres humanos.A segunda reflete o ensinamento de Rosseau. 'A lei é a expressão da vontade geral', diz expressamente o art. 6º da Declaração, num empréstimo flagrante ao Contrato Social. Isto não quer dizer – já se apontou acima – que ela possa ser fruto arbitrário da vontade do legislador, mas que a declaração da lei há de ter a participação de todos. Todavia, para ser legítima, os participantes na sua definição têm de fazê-lo, levando em consideração o interesse geral.(FERREIRA FILHO, 2001, p. 23).

Para que o trâmite de projeto de lei se inicie por meio de proposta popular, deverá observar os requisitos do artigo 61, §2º, o qual exige que o projeto seja (a) subscrito por no mínimo um por cento do eleitorado nacional, (b) distribuídos em pelo menos cinco estados e (c) com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Sobre o exercício da participação democrática, por meio de iniciativa popular, é de se destacar que os números não são significativos, já que as leis de iniciativa popular não ultrapassam meia dezena.

Nesse sentido, interessante se reportar ao fato de que a complexidade de muitas questões e até mesmo o nível educacional brasileiro constituem-se como óbice para que haja uma acentuada participação popular por meio de propositura de lei.

Dessa forma, queda-se prejudicada qualquer intenção em buscar a sedimentação de uma democracia semidireta ou até mesmo direta. Em sociedades complexas tal realidade beira quase uma utopia, já que tais fatores se apresentam como verdadeiros obstáculos à concretização da

democracia, assunto tratado abaixo. A reflexão ora apresentada já é fruto de estudos anteriores, realizados por Bobbio, citado por Streck; Morais (2001), em trecho que merece transcrição:

> Para Bobbio, o que condicionou tais contradições foi o que chamou de obstáculos à democracia, ou seja, circunstâncias fáticas que impuseram transformações profundas naquilo pressuposto para aquilo ocorrido, na medida em que não estavam previstos ou surgiram em decorrência das transformações da sociedade civil.
> Dentre tais obstáculos, elenca, em primeiro lugar, a complexificação da sociedade quando a passagem de uma economia familiar para uma economia de mercado e desta para uma economia protegida produziu a necessidade de constituição de um quadro profissional habilitado tecnicamente a lidar com a complexidade social crescente, o que veio a colocar o problema de legitimação para a tomada de decisões, posto que o projeto democrático é antiético ao projeto tecnocrático. Enquanto aquele assenta-se em um poder diluído/disperso, onde todos podem decidir a respeito de tudo, neste apenas aqueles iniciados nos conhecimentos técnicos envolvidos podem tomar decisão. (...)
> De outro lado, um segundo obstáculo surge em conseqüência do próprio processo de democratização da sociedade que , na medida em que alargava as possibilidades de participação social, permitia que novas demandas fossem propostas ao Estado. (...) A fórmula adotada foi a de constituição de um aparato burocrático responsável por responder às pretensões sociais cuja característica é a de ser um poder que se organiza verticalmente do alto para baixo, contrapondo-se, assim, ao modelo democrático de um poder que se eleva da base para o topo. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 45).

É de se notar que as formas de participação democrática previstas no texto constitucional de 1998 refletem o entendimento preconizado no trecho acima destacado. A opção legislativa, diante da complexidade de relações sociais, é a de delegar atribuições a terceiros, que, teoricamente especializados, possuem legitimidade para dirimir os anseios da sociedade. A existência de controles externos e internos reflete tal realidade, igualmente.

Destaque-se que as modalidades de participação popular citadas ao longo deste tópico representam formas de exercício da soberania, já que o sufrágio se reflete em exercício de dita soberania.

Entretanto, a reflexão do tema, muitas vezes, é limitada somente ao fato de que o voto se constitui, por si só a única forma de participação democrática no contexto da sociedade brasileira. Tal discrepância ainda é afirmada por autores de direito constitucional, fazendo-se necessária a transcrição de trecho de comentário do artigo 14 do texto constitucional: Nos Estados que adotam a democracia participativa representativa, sem o voto o sufrágio não se concretiza.

Nos termos da exposição dos parágrafos precedentes, o voto é um meio de exercício da democracia, previsto no caput do artigo 14 do texto constitucional, mas não é a única forma de expressão da vontade popular, como já demonstrado anteriormente. Embora isto pareça ser

reluzente nos termos do estudo ora desenvolvido, a confusão ainda é arraigada, como prova citação precedente. Isso demonstra que a cultura brasileira sinaliza um desconhecimento dos mecanismos de participação democrática, o que também obstaculiza seu respectivo exercício e impacta nos sistemas de controle, quer sejam eles internos ou externos.

Contudo, a matéria já está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, como se infere dos ensinamentos de Joel J. CÂNDIDO, nos termos adiante assinalados:

> Voto, sufrágio e célula, embora freqüentemente confundidos e tomados como sinônimos, são institutos perfeitamente distintos, o art. 82 e o art. 104, do Código Eleitoral, assinalam essas diferenças. O ilustre Professor e Desembargador do Piauí, Manfredi Mendes de Cerqueira, estudioso da matéria ensina: 'Não há confundir-se sufrágio com voto. O primeiro é um direito em sua expressão genérica; o segundo é o exercício desse direito. Daí ser lícita a afirmação de que nem todo sufrágio é voto, mas todo voto é sufrágio. Quando o mandamento constitucional (art. 14) estabelece que o sufrágio é universal e o voto é direito e secreto já permite a visualização da diferença entre ambos. (CÂNDIDO, 2006, p. 49).

Não se olvide que a ausência de esclarecimentos sobre a matéria ora estudada, muito além do âmbito doutrinário, se protrai no conhecimento pouco difundido da população brasileira acerca dos instrumentos de participação democrática.

A participação popular nos destinos da sociedade brasileira poderia se acentuar caso outros métodos, já positivados, fossem efetivamente difundidos. Entretanto, o nível de escolaridade dos brasileiros obstaculiza em demasia o efetivo exercício da participação democrática. Isso também impacta na efetividade dos controles externo e internos, no que se refere ao seu acompanhamento pela população.

Note-se que o Estado democrático brasileiro é, antes de tudo, Estado de Direito, ou seja, regido pela égide da lei e dos direitos e princípios fundamentais, como expresso no artigo 1º caput do texto constitucional. Dentre os princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito, destaque-se o exercício da cidadania, que se assenta como corolário da efetiva participação do cidadão nos destinos do interesse social e promoção do interesse público.

Dessa forma, a concretização de uma efetiva democracia queda-se engessada, razão pela qual o instituto das audiências públicas se apresenta como efetiva alternativa para a real interferência dos cidadãos na vida política do Estado ao qual pertencem, em semelhança ao que ocorria antigamente em países que exercitavam a democracia direta, como se expõe adiante.

A realização das audiências públicas traduz a ideia de parceria entre o administrador e os cidadãos, mitigando-se, dessa forma, a eficácia vertical das ordens que emanam do Poder Público, o que ratifica o fato de tais audiências estão atreladas às práticas democráticas. A

democracia é classificada pela doutrina como uma das formas de regime político, caracterizando-se por ser um tipo de estrutura de poder político, na qual se escolhem os representantes para formação da vontade política.

Identifica-se, como já declinado ao longo da presente exposição, pela participação direta ou indireta da população nas manifestações. Nesse contexto, é que se inserem as audiências públicas, as quais são exemplo de controle externo. A participação popular, por meio da realização das audiências públicas, enquanto modalidade desburocratizada de participação popular, já que caracterizada pela oralidade e, consequente, informalidade, é forma de legitimar as decisões dos administradores, adequando o interesse coletivo à vontade popular.

É justamente tal processo que torna legítima a escolha do administrador, diante de um objetivo final que se materializa por meio da vontade da maioria. Note-se que vários princípios constitucionais deverão ser observados para que se forme, efetivamente a devida participação popular. Em primeiro momento, constitui-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito. Significa que a democracia esta relacionada à critérios de legalidade, que advêm da manifestação popular, que tem como característica a eleição seus representantes por meio da vontade do povo.

Ainda assim, todo o processo que ora se estuda não pode afastar as garantias constitucionais, como do devido processo legal. Note-se que a consecução dos direitos fundamentais ocorre por meio da observância do devido processo legal. Alcançando-se a justiça social, consagrada no art. 170, *caput*, do texto constitucional, a igualdade, prevista no art. 5º, II, dentre outros princípios consagrados na Constituição da República.

Não deve ser outro o entendimento consagrado, quando do estudo dos institutos da audiência pública e do regime democrático, já que aquela objetiva, precipuamente, resguardar direitos e garantia fundamentais.

Ainda, interessante destacar que a participação popular, da forma pela qual vem se expondo ao longo do presente trabalho, consubstancia-se em verdadeiro sistema de freios e contrapesos, consagrado no art. 2º do texto constitucional. Sabe-se que o poder é uno e indivisível, porém descentralizado por meio de atribuições que a ele são conferidas. Trata-se de especialização funcional necessária ao exercício da democracia.

Com o instituto da audiência pública não é diferente. As funções administrativas e executiva têm o escopo precípuo de possibilitar a aplicação da lei ao caso concreto, de maneira que aquele instituto se constitui em verdadeiro controle dessa função.

Os poderes são autônomos e independentes entre si, contudo, um está subordinado ao outro, de forma que entre eles deverão ser toleradas ingerências, de forma que se alcance o efetivo

bem comum. É evidente, como já citado anteriormente, que o controle das decisões administrativas ainda poderá ser realizado pelo Poder Judiciário, já que esse possui atribuições de controle do ato administrativo. Todo esse sistema ora comentado se opõe à democracia representativa. Nessa modalidade, há participação popular restrita ao sistema individualista de votação. De maneira que a atuação se restringe ao exercício do voto, de forma que a representação política, posteriormente, queda-se distante dos representantes.

É o que não ocorre com o instituto das audiências públicas. Essas são caracterizadas pela informalidade e acesso direto entre os cidadãos e os administrados, sem que haja um grande vão entre os interesses daqueles e a representatividade exercida por esses. Aliás, a proximidade entre o interesse individual e a harmonização com o interesse coletivo tornam as audiências públicas efetivas representantes do regime democrático de poder, já que essas cindem com qualquer intermediação existente entre interesse particular e de mandatário.

Todos os instrumentos de participação popular, acima declinados**,** apenas corroboram para os meios de controle da gestão pública existentes no Brasil, quer seja pela atuação de órgãos instituídos, quer seja por meio de outras ferramentas de participação popular. Para além dos instrumentos indicados e dirigidos aos cidadãos, o ordenamento jurídico também estabeleceu um mecanismo de controle dos direitos constitucionais e liberdades públicas baseado no modelo sueco de *ombudsman*[4], o que se passa a abordar.

3 OMBUDSMAN: SISTEMA ADOTADO NO BRASIL POR MEIO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o objetivo de aperfeiçoar o controle da atividade estatal, a CR/1988 conferiu ao Ministério Público o objetivo de zelar pelos Poderes Públicos, visando a resguardar a eficiência administrativa, liberdades e direitos fundamentais, o que revela mais um sistema de controle do ordenamento jurídico (para além do Tribunal de Contas e outras participações populares indicadas). A função está expressa na redação do art. 129, II, do texto constitucional, e foi atribuída ao Ministério Público, órgão independente e alheio às interferências políticas.

Sobre o termo utilizado para denominar essa atribuição, *ombudsman*, a doutrina de Garcia; Alves (2017) explicam sobre a importância das funções desenvolvidas por esse verdadeiro fiscal do Estado.

[4] Registra-se a origem do termo e da função do *ombudsman* na Suécia, país no qual essa figura possuía várias atribuições, dentre as quais se destaca a supervisão dos atos normativos expedidos pelos servidores públicos.

> Qualquer que seja a denominação que venha a lhe ser atribuída, *ombudsman*, protetor parlamentar, corregedor, ouvidor etc., o servidor público que desempenhar tal *múnus* atuará como um ponto de convergência de críticas, denúncias e sugestões, devendo providenciar a extração de seu sumo e, posteriormente, encaminhar recomendações de aperfeiçoamento aos respectivos órgãos, isto sem prejuízo da remessa dos elementos necessários ais agentes responsáveis pelo controle repressivo. Regra Geral, trata-se de órgão não jurisdicional e que pode agir de ofício ou mediante provocação. (GARCIA; ALVES, 2017. p. 197).

Com efeito, o modelo vitorioso e adotado na Constituição se opôs à proposta da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, atuante no âmbito dos trabalhos preparatórios à Assembleia Constituinte de 1988, que sugeria a criação do Defensor do Povo para a função, o qual seria cidadão de "notório respeito público" e "reputação ilibada", escolhido por eleição secreta pela maioria dos membros da Câmara dos Deputados para um mandato de cinco anos, modelo por meio do qual se permitiriam, notoriamente, interferências políticas.

Associado ao atual modelo de guarda dos direitos e garantias fundamentais, vale pontuar que no direito brasileiro há outro mecanismo de controle, as ouvidorias, que são órgãos vinculados à estrutura institucional a qual pertencem, de forma a não possuir independência e autonomia semelhantes à da Ministério Público, por exemplo.

No âmbito do Ministério Público Federal as atribuições para o exercício da função de *ombudsman* estão previstas no art. 39, da Lei Complementar n. 75/1993 (LC 75/1993), por meio de defesa dos direitos constitucionais, exemplificadamente anotados no Capítulo IV, da LC 75/1993. Especificamente, as atribuições são exercidas pela Procuradoria Federal do Cidadão (PFDC), cuja função é notoriamente de resolução de problemas e não de sua judicialização de atuação de efeitos nacionais.

Embora essa função seja atribuída ao PFDC, o controle dos atos públicos e privados que envolvam gestão pública pode ser realizado por qualquer promotor de justiça no âmbito do inquérito civil, por meio de expedição de recomendações e requisições, dentre outros.

Paulo Gustavo Gonet BRANCO aponta essa característica de atuação administrativa do Ministério Público ao apontar que:

> Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa de interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009,, p. 1039).

Paralelamente à institucionalização da figura assemelhada do *ombudsman* no Brasil, as organizações não governamentais também desempenham a fiscalização da ordem jurídica e dos atos do Poder Público, constituindo-se em instrumentos que previnem atos de improbidade, por exemplo

O que se extrai da contextualização dos sistemas de controle citados, é que eles se voltam para o âmbito de eficiência e de publicidade dos atos do Poder Público, contudo, como o Estado não atua de forma isolada, percebeu-se que o controle da legalidade e da probidade dos agentes estatais deve ocorrer também no âmbito privado quando da atuação empresarial com o Estado, o que é conhecido como programa de *compliance* e que se passa a demonstrar abaixo.

4 *COMPLIANCE* E SEUS OBJETIVOS: DIRIGISMO ESTATAL DA PROBIDADE

O controle dos atos com o Poder Público deve ocorrer, igualmente, no âmbito empresarial, o que foi objeto de preocupação pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que resultou na subscrição de Convenção de Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais de Caráter Internacional em 1997, a qual considera infração penal o suborno dos agentes nesse tipo de transação privadas, a fim de fomentar códigos de conduta no âmbito das pessoas jurídicas. Referido documento internacional prevê procedimentos que visam a assegurar a conformidade das atuações das diversas sociedades e que revelam verdadeiros códigos de conduta, por meio de sistemas de *compliance*.

O assunto foi regulamentado no Brasil por meio da edição da Lei n. 12.846/13, conhecida como “Lei Anticorrupção”, que previu em seu art. 7º, VIII, mecanismos e procedimentos internos de integridade os quais incentivem denúncias de irregularidades, bem como efetiva aplicação de códigos de ética e de conduta no âmbito empresarial. Originário do Direito Americano, a conformidade no âmbito das sociedades visa à implementação de princípios éticos e de integridade, bem como requer a observância das exigências legais e regulamentares. Sobre o assunto xxxx dispõe acerca da regulamentação do sistema de *compliance* no Brasil, que se revela como verdadeiro dirigismo estatal da probidade:

> O Brasil ao instituir legalmente no inciso VIII do art. 7o da Lei Anticorrupção inova por incentivar que estes programas efetivamente sejam implantados, afinal aspectos de conduta ética, cumprimento de políticas e leis locais, atos em conformidade com a missão e os valores traçados pelas empresas têm uma relação intrínseca com a área de práticas de anticorrupção. Além disso, passa a ser mais um país que adota em seu

> ordenamento jurí- dico interno mais um mecanismo de combate à corrupção (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015. p. 129).

Os códigos de conduta e de comportamento, em verdade, não constituem novidade, na medida em que as diversas categorias profissionais os possuem (como é o caso do Código de Ética dos Advogados) e sua elaboração foi determinada pelo art. 9, § 1º, da Lei n. 13.303/16, que previu a produção do Código de Conduta e Integridade nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Vale pontuar, nesse contexto, que o sistema de controle interno não se confunde com a auditoria interna[5], já que essa possui um papel de revisão. É isso que ensina:

> Em países como o Brasil, em que apenas recentemente se deu a devida importância aos sistemas de controle, ainda não é bem difundido o verdadeiro significado de controle interno. Às vezes, imagina-se o controle interno como sinônimo de auditoria interna, no entanto, essa é uma ideia totalmente equivocada, pois, a auditoria interna equivale a um trabalho organizado de revisão e apreciação do controle interno, normalmente executado por um departamento especializado, ao passo que o controle interno se refere a procedimentos de organização adotados como planos permanentes da empresa. (BRAGATO, 2017, p. 110).

Para a Lei Anticorrupção, a simples existência de um programa de *compliance* (integridade) não afasta a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que está nela prevista, mas pode viabilizar a diminuição de sanção a ser aplicada diante da ocorrência de um ilícito. Com a finalidade de regulamentar o assunto[6], foram expedidos o Decreto n. 8.420/2015, bem como uma Portaria da Controladoria Geral da União (CGU) n. 909/2015, de forma que aquele estimula a conduta proba.

No âmbito do Decreto indicado são elencados parâmetros para a avaliação do programa, como treinamentos sobre integridade, padrões de conduta a serem observados, mecanismos de controles internos, viabilidade de notícia sobre desvios, bem como medidas disciplinares, dentre outros. Sobre o controle nacional dos mecanismos e procedimentos de integridade

> É certo que os padrões desses mecanis- mos deverão ser objeto de regulamentação especial por ato do Poder Executivo Federal com

[5] A auditoria interna possui funções específicas para a eficiência do sistema de integridade como ensina FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilidade Penal.* 1.ed. Rio de Janeiro: Luminária Academia, 2017, p. 110: *"O papel fundamental da auditoria é avaliar a aderência e integridade dos processos e de controles internos da organização, aferindo se a criminal compliance está adequada às diretrizes estabelecidas pela organização e normas emitidas pelos reguladores. Em geral, a auditoria aponta a falha, mas não se envolve na resolução, prestando serviços de avaliação (assurance) e de consultoria para aprimorar a eficácia dos processos, operações e resultados."*.

[6] Sem prejuízo das regulamentações existentes no âmbito dos Estados e dos Municípios. No caso do Estado do Paraná, o Decreto Estadual que dispõe sobre o assunto é o de n. 10.271/2014.

> abrangência nacional, mas desde logo a simples enunciação da presença obrigatória desses mecanismos, aliás por de- corrência natural e lógica da consideração que a lei lhes empresta, configura critério muito importante, tanto para a caracterização da violação quanto da sua gravidade. (GILSON,; CASTILHO, 2016, p. 53).

Nesse contexto, percebe-se que a regulamentação sobre o *compliance* possui natureza civil e/ou administrativa e não penal, na medida em que, no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas penalmente, salvo em hipóteses específicas. Por isso, a responsabilidade da empresa deve atender à sua complexidade, nos limites de sua atuação. É isso que doutrina ensina:

> A meta de um compliance program mostra-se, claramente, que de- ve-se individualizar a complexidade da empresa, verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada. A partir de então, pas- sa-se à pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual non compliance, ou seja, pelo não cumprimento dos de- veres de vigilância. (SILVEIRA, 2015. p. 128).

O que se percebe dessa contextualização é que o sistema de integridade visa a evitar a ocorrência de ilícitos para atribuir um sistema de controle interno à pessoa jurídica diante de sua atuação social, o que está abarcado por uma responsabilidade empresarial objetivando a atender as finalidades de um Direito Administrativo Sancionador e, manifestamente, intervencionista. Com efeito, sua proposta e compêndio normativo representam agremiações normativas por se tratar de norma híbrida que prevê obrigações a serem observadas no âmbito privado[7] com diversos reflexos coletivos e individuais.

Portanto, a atuação das sociedades em geral vai além da observância das normas legais, de forma que a expectativa em relação a elas supera a mera conformidade de normas como explica:

> Tais expectativas promoveram o movimento em favor da chamada governança governança corporativa, e hoje o público se preocupa não apenas com a atuação das organizações dentro das normas legais, mas sobretudo se atendem às melhores práticas defendidas por valores e princípios com transparência, equidade, prestação de conta e responsabilidade. (SILVA; COVAC, 2009, p. 02).

[7] Inclusive a proteção dos acionistas minoritários também fomenta os programas de compliance conforme aponta ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. Dissertação em NORMA ANTICORRUPÇÃO E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO. Universidade de Marília, Marília, 2016. Orientação: Profª. Dra. Samyra H. Dal Farra Naspolini Sanches "Percebe-se, a partir do advento desta lei, que a governança, em especial a que trata da defesa de acionistas minoritários no controle da atuação das Sociedades Anônimas de que participassem, figura-se como elemento essencial na negociação de uma corporação diante da Administração Pública, atrelando uma valoração relevante nestas transações".(p. 53).

Nessas condições, para além da participação popular, existência de controles externos instituídos, bem como internos já existentes, e a busca pela atuação proba geraram a necessidade de interferência estatal no âmbito corporativo por meio da exigência de implementação de programas de *compliance*, o que reflete a carência de moralidade pela qual passa a sociedade atual.

5 CONSIDERAÇÕES

A previsão de direitos e garantias fundamentais pelo texto da Constituição, bem como de diversas pessoas jurídicas e órgãos cuja atuação envolva valores públicos, requer instrumentos de controle externos, internos, bem como atuação por meio de participação popular, para fiscalizar a adequada gestão de recursos públicos. Tal contexto visa a implementar o texto constitucional para evitar eventuais desvios e abusos, mediante a previsão de mecanismos de fiscalização e controle.

Para além do Tribunal de Contas, o texto constitucional confere diversos meios de participação popular em decorrência do regime democrático característico da República atual, sem prejuízo da existência de controles internos existentes no âmbito dos diversos poderes da Federação Brasileira.

Concomitantemente a isso, a figura do *ombudsman*, de origem sueca e que objetiva genericamente a fiscalizar a execução dos serviços públicos, foi atribuída ao Ministério Público pelo texto constitucional, cuja atribuição precípua é zelar pelos direitos, garantias e poderes instituídos. A atividade do órgão, com efeito, é extrajudicial por meio de atuação pela expedição de recomendações, instauração de inquéritos civis, bem como pela celebração de acordos por intermédio de ajustamentos de condutas, por exemplo.

Mais recentemente, contudo, a fim de resguardar a probidade no âmbito das corporações empresariais, o dirigismo estatal se ampliou para exigir das pessoas jurídicas programas de *compliance* para que se implementassem mecanismos de monitoramento éticos constantes para evitar desvios ou abusos na gestão empresarial.

Nessas condições, evidencia-se que os sistemas de controle, embora previstos desde 1988, precisaram se aprimorar ao longo do atual regime democrático para garantir a probidade de atuação, inclusive, no âmbito privado corporativo. Trata-se, à evidência, de busca pela regularidade ética e moral das instituições em sentido amplo para o fim de que a probidade seja

uma cultura a ser adotada e não apenas um ideal imaginário em uma nova etapa dos controles de poderes que se descortina com o advento da Lei Anticorrupção.

6 REFERÊNCIAS

ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. **Norma Anticorrupção e os programas de compliance no direito brasileiro**, Dissertação, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGATO, Adelita Aparecida Podadera Bechelani. **O Compliance no Brasil**: A empresa entre a ética e o lucro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2017.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1010).

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 12.ed. Bauru: Edipro, 2006.

CITADINI, Antonio Roque. São Paulo: Max Limonad, **O Controle Externo da Administração Pública.** 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

FORIGO, Camila Rodrigues. **A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: Funções e Responsabilidade Penal.** 1.ed. Rio de Janeiro: Luminária Academia, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILSON, Ipp. CASTILHO, Manoel Volkmer. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. Editora: Editora Saraiva. Edição: 1, 2016.

MARINELA, Fernanda. PAIVA, Fernando. RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção:** Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RENATO, Jorge Brown. **O Tribunal de Contas da União- Uma Análise Jurídico** – Administrativa. Rio de Janeiro: Américo Jurídica, 2002.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. **Rui Barbosa** – Uma Visão do Controle do Dinheiro Público: Prêmio Rui Barbosa 1999 Monografias Vencedores. Brasília: Responsabilidade Editorial.

SILVA, Daniel Cavalcanti e COVAC, José Roberto**. COMPLIANCE como boa prática de gestão no ensino superior privado**.1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance. Direito Penal e Lei Anticorrupção**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.