

A LEI ANTICORRUPÇÃO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: REFLEXÕES SOBRE A CULTURA DA CONFORMIDADE NO ÂMBITO DAS PARCERIAS REGIDAS PELO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Ludmila Santos Russi de Lacerda¹

Vanessa de Mesquita e Sá²

RESUMO

A Lei n. 13.019/2014 teve por finalidade imediata a construção de um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e organizações da sociedade civil, ao passo que a Lei nº 12.846/2013 institui o sistema *compliance* para as pessoas jurídicas, sendo que por meio do presente artigo investiga-se a aplicabilidade desse instrumento como instrumento de grande potencial para melhoria na governança e na transparência da OSC.

1 O SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dialogar sobre o instituto do *compliance* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como mecanismo preventivo da ocorrência de atos ilícitos contra a Administração Pública que atente contra seus princípios norteadores no âmbito das contratações públicas, implica necessariamente compreender o fenômeno da corrupção e, em especial, o surgimento da Lei Anticorrupção (Lei Federal n. 12.846/2013) no cenário nacional.

Isso porque a introdução no ordenamento jurídico brasileiro quanto à instituição e ao desenvolvimento de programas de integridade (*compliance*) para as pessoas jurídicas encontra-se vinculada diretamente à edição da Lei Federal n. 12.846/2013.

Nesse sentido, Zymler e Dios (2016, p. 15) apontam que:

A Lei n. 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.

Segundo consta da exposição de motivos de seu projeto de lei (PL Nº 6.826/2010), referida norma ‘tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos’.

1 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Campo Grande (1999). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RIO (2012). Atualmente é Procuradora do Estado e Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP e atualmente exerce a função de Procuradora-Chefe da Procuradoria de Assuntos Administrativos da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Lei Anticorrupção apresenta 2 (duas) vertentes principais para fins de conteúdo normativo. Num primeiro aspecto, a lei possibilita a responsabilização objetiva, civil e administrativa, das pessoas jurídicas pela execução de atos de corrupção e fraude em contratações *lato sensu*, praticados contra a administração pública (tipificados nos incisos do art. 5º do texto legal³), nacional ou estrangeira, realizados no interesse ou benefício dessas pessoas jurídicas, seja de forma exclusiva ou não. E em um segundo aspecto, consistindo o ponto fulcral do presente artigo, a Lei Anticorrupção apresenta um viés preventivo, voltado ao estímulo de criação e fomento de uma política interna de *compliance* para as pessoas jurídicas, consistente em boas práticas “empresariais” no atendimento das exigências legais, éticas e regulamentares decorrentes das atividades por elas desenvolvidas.

Dito isso e antecipando um pouco o que será tratado no presente do artigo, deve ser compreendida como premissa básica que, de acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei Anticorrupção, são sujeitos passivos às cominações ali constantes, as sociedades empresárias, sociedades simples, sociedades não personificadas (sociedades em comum – que não tiveram a inscrição de seus atos constitutivos e as sociedades em conta de participação – em que há apenas um sócio na condição de participante oculto), sociedades estrangeiras (desde que tenham sede, filial ou representação em território brasileiro), associações, fundações privadas, entidades constituídas de fato e com existência apenas temporária, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em razão da prática de atos descritos no art. 5º do referido diploma legal.

Desse modo, conforme identificado por Rodrigues (2018, p. 312):

É primordial que as Organizações da Sociedade Civil – OSC e demais entidades do Terceiro Setor, que, por interagirem com Poder Executivo, são, do mesmo modo que as empresas privadas, suscetíveis às condutas vedadas pela Lei Anticorrupção, observem padrões de governança, eficiência e controle, bem como estabeleçam políticas de integridade na sua gestão, notadamente nas parcerias que realizam com o Poder Público, possibilitando assim a adequada execução das políticas públicas que lhe são confiadas, beneficiando a sociedade que representam.

3 Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, narra Zimmer Júnior (2018, p. 33-34) que o fenômeno da corrupção relacionada ao setor público expressa, em regra, a utilização de um *munus* em relação ao qual é atribuída confiança pública para realização de um interesse privado, de modo que o interesse público e, em especial, o patrimônio público, vê-se vulnerável de apropriação por grupos particulares, com o enfraquecimento do princípio fundamental da República, consistente na proteção da *res publica*, em franca ofensa à moralidade, impessoalidade, legalidade, integridade, prestação de contas, transparência e imparcialidade, que devem nortear a prática administrativa pública.

Schramm (2019, p. 24-25) define a corrupção como:

[...] o abuso ou desvirtuamento voluntário da responsabilidade assumida em decorrência do exercício de um cargo ou função pública, tendo por objetivo a realização de interesses privados – próprios ou de terceiros.

Sob tais premissas, o termo corrupção restringe-se aos casos em que (i) um indivíduo ou uma organização da iniciativa privada busca, por meio de suborno, obter privilégios perante agente público; ou (ii) a pessoa investida de autoridade pública exige algum tipo de benefício para interceder em favor de um particular, ainda que essa intercessão represente, única e exclusivamente, o cumprimento de seus deveres funcionais.

De acordo com o Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção do Tribunal de Contas da União aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (TCU, 2018, p. 101), a corrupção não se resume à prática moderna de dilapidação do Erário, de obtenção de vantagens indevidas e de comprometimento ético do ser humano, que impõe incontáveis prejuízos no desenvolvimento de políticas públicas.

Consta do referido documento registro histórico acerca de fato ocorrido no século VI a.C. no qual Sólon, um estadista ateniense, estaria disposto a perdoar as dívidas contraídas pelos cidadãos em favor do Estado Grego e como era do conhecimento da cultura da época, o não pagamento das dívidas pelo devedor poderia ensejar a perda da condição de cidadão, transformando-o em escravo. Ocorre que o estadista grego, ao compartilhar a informação previamente a um grupo de amigos, antes de tornar pública a intenção de perdão estatal, permitiu aos diletos amigos que se valessem do privilégio da informação, adquirindo terras, contraindo dívidas e, ao final, com o perdão estatal, enriquecessem (TCU, p. 2018, 10).

Longe de ser um fenômeno recente, portanto, a corrupção passou a ser uma das maiores preocupações dos brasileiros nos últimos anos⁴, motivada em grande parte em razão das descobertas evidenciadas por intermédio de operações policiais como o “Mensalão” e “Lava Jato”, que descortinaram um cenário de incorporação de atos de corrupção inserido em diversas áreas do sistema governamental federal, identificando ramificações para além dessa esfera, atingindo em cheio diversos governos estaduais, tais como o Rio de Janeiro.

Marinela, Paiva e Ramalho (2015, l. p. 483) apontam que, de acordo com o “Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combates” realizado pela FIESP em meados de 2010, concluiu-se que “o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões por ano”, compreendendo-se nesse custo o quantitativo numérico de recursos públicos desviados de atividades produtivas que se reverterem em atos de corrupção.

4 De acordo com Simão e Vianna (2017, posição 191), comentando pesquisa realizada pelo Datafolha, publicada no Jornal A Folha de São Paulo: “Durante boa parte da década de 1990 e início do século 21, a principal inquietação do brasileiro foi o desemprego. Em 2007, a violência e insegurança assumiram esse papel, enquanto no período de 2008 até 2014 a maior preocupação da população foi com a precariedade da saúde. Em 2015, pela primeira vez na história, a população brasileira apontou que o maior problema do país é a corrupção.”

Nas palavras de Furtado (2015, p. 57-58), a grande problemática em termos de panorama brasileiro seria que a corrupção administrativa teria se tornado sistêmica, na medida em que se observa sua institucionalização na dinâmica de interação entre agentes públicos e privados.

Assim, a Lei Anticorrupção surge no cenário nacional como consequência de um movimento a um só tempo interno, em razão do clamor social decorrente do resultado das investigações do “Mensalão” e da “Operação Lava Jato”, como também internacional, derivado da assunção de compromissos pelo Brasil⁵, voltados à necessidade de responsabilização objetiva, civil e administrativa, da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A necessidade de se punir a pessoa jurídica, segundo Souza (2019, p. 105), mostrou-se imperativa ante a experiência adquirida pelos países ao longo dos anos no combate ao crime organizado (em especial à lavagem de dinheiro), em que ficou evidenciado que o eventual encarceramento e a punição dos indivíduos (pessoas físicas) integrantes da organização, por si só, não guardavam grande impacto no seu desmantelamento, sendo imprescindível uma espécie de sufocamento financeiro das organizações propriamente ditas, com foco em medidas que dificultassem a livre circulação de bens, direitos e valores sem a identificação de sua origem e de seu beneficiário e em medidas judiciais e administrativas de bloqueio e perdimento de bens.

Não se quer dizer em absoluto que até a edição da Lei Anticorrupção inexistia qualquer diploma normativo apto a obstar ou mesmo punir atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro praticados por pessoas físicas ou mesmo formas de responsabilização das pessoas jurídicas.

À época de sua publicação, o Brasil possuía instrumentos normativos, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992), a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993), a Lei Federal nº 8.443/1992, que permitiam, respectiva e concomitantemente, a responsabilização de pessoas físicas e de pessoas jurídicas quando concorressem com agentes públicos para a prática de ato de improbidade administrativa, quando propiciassem a inexecução regular do contrato ou mesmo quando concorressem para fraudes em licitações.

Como afirmado por Zymler e Dios (2016, p. 16):

Com efeito, nosso ordenamento jurídico não dispunha de mecanismos efetivos para que as pessoas jurídicas fossem responsabilizadas por atos contra a administração pública.

Esse vazio normativo, entretanto, não era absoluto, pois a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 3º, já previa a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas quando concorressem com agentes públicos para a prática de ato de improbidade administrativa. [...]

Eram patentes, entretanto, as fragilidades desta norma acerca da responsabilização das pessoas jurídicas. A uma, porque as sanções nelas previstas, em larga medida, somente se aplicam a pessoas físicas. A duas, porque se não houver a prática de um ilícito em coautoria com algum agente público, a pessoa jurídica não se enquadra nas disposições da norma.

As pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas perante o Tribunal de Contas da União

5 Atualmente, o Brasil é signatário, dentre outras, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (também conhecida como Convenção de Mérida, promulgada nacionalmente pelo Decreto nº 5.687/2006), da Convenção Interamericana contra a Corrupção (internalizada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 4.412/2002) e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (promulgada nacionalmente pelo Decreto n. 3678/2000). Referidos instrumentos internacionais sugeriam, dentre outras medidas, a criação de meios de responsabilização, em diversas esferas, dos agentes envolvidos na prática de atos de corrupção praticados em desfavor da administração pública nacional ou estrangeira, em especial com a responsabilização de pessoas jurídicas utilizadas na prática desses atos, além da adoção de medidas preventivas com a melhora das normas contábeis e de auditoria no setor privado, salvaguardando a integridade das pessoas jurídicas.

– TCU, de acordo com a Lei nº 8.443/1992, nas limitadas hipóteses de causarem prejuízos ao erário ou contribuírem para ocorrência de fraudes em licitações. Nessas situações, podem sofrer as sanções de multa de até 100% do dano causado e de declaração de inidoneidade para participar de licitações por até cinco anos.

Por certo, deve-se fazer apenas o registro de que a aplicação da Lei Anticorrupção não impede em absoluto, tampouco obsta, a execução das competências do Judiciário, do Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e demais órgãos e instituições atuantes no combate à corrupção.

Ora, uma pessoa jurídica pode responder a determinados procedimentos de responsabilização administrativa e civil e sofrer sanções em cada um deles pela prática do mesmo ato ilícito, ou mesmo sofrer sanção em um processo e no outro não, seja em razão da independência das instâncias, seja em razão da possibilidade de cumulação de sanções numa mesma esfera.

Delimitada essa premissa e retornando ao ponto do presente artigo, faz-se necessário apontar para fins de contextualização do surgimento da Lei Anticorrupção que, cientes de que a corrupção possuía raízes históricas no desenvolvimento da humanidade, os países, por intermédio de organismos internacionais constituídos, tais como a Organização da Nações Unidas – ONU, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, entre outros, passaram a identificar a corrupção como um fenômeno transnacional, reconhecendo que o prejuízo dela decorrente irradia seus tentáculos para o funcionamento do mercado econômico mundial, influenciando negativamente as finanças internacionais, pondo em xeque a integração econômica que deve prevalecer entre as nações.

Com isso, esses organismos internacionais pactuaram compromissos de cooperação e de monitoramento entre os países signatários para fins de adoção de mecanismos internos de combate e prevenção à prática de atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira, dentre os quais pode-se citar (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; (ii) a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (Convenção de Mérida) e (iii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Embora o objetivo do presente artigo não seja realizar uma digressão histórica acerca dos instrumentos normativos internacionais de enfrentamento ou de combate às práticas de corrupção, é importante mencionar – para fins de compreensão do surgimento da política de integridade de *compliance* – o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (Suíça) estabelecido em 1974, o *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA (EUA, 1977) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida (México, 2003).

Segundo Ribeiro (2017, p. 202):

A noção de *compliance* foi tradicionalmente desenvolvida na seara do sistema financeiro internacional, cuja consolidação se encontra associada à criação, no ano de 1974, do Comitê da Basileia para a supervisão bancária, entidade internacional que congrega autoridades de supervisão bancária visando fortalecer a solidez e credibilidade dos sistemas financeiros por meio da publicação de normas e recomendações que modulavam a atuação das instituições financeiras, principalmente no sentido de coibir fraudes financeiras e crimes a exemplo do crime de lavagem de dinheiro.

O desenvolvimento de programas de *compliance* de ordem bancária espelhava, portanto, a

necessidade de se promover a integridade de atuação da pessoa jurídica, em conformidade com as normas regulamentares do setor de supervisão bancária.

Nesse sentido, se com o Comitê de Basiléia surge uma preocupação com a credibilidade da atuação das autoridades bancárias e do próprio sistema financeiro de modo a garantir uma integridade da regulação do mercado com a obediência de normas regulamentares pelos atores financeiros, com o *Foreign Corrupt Practices Act*⁶ em 1977, tem-se a constatação de imprescindibilidade de adoção de procedimentos internos de *compliance* anticorrupção⁷, que prevalece hodiernamente, na medida em que esse instrumento continua em vigor, balizando muito do que se verifica no plano internacional, em termos de combate à corrupção (Veríssimo, 2017, p. 149).

O fato que ensejou a promulgação do FCPA nos Estados Unidos foi emblemático por expor a conduta questionável de parte da elite política e econômica norte-americana na prática de atos de corrupção, consistente no caso *Watergate*.

A tônica ali envolvida, digna de uma trama cinematográfica⁸, descoberta, dentre outros órgãos de atuação norte-americana, pela *Security Exchange Commission* – SEC⁹, equivalente à Comissão de Valores Mobiliários brasileira, identificou propinas pagas a funcionários públicos estrangeiros de vários países por empresas americanas multinacionais, além de repasses ilegais de dinheiro proveniente dessas empresas privadas a campanhas eleitorais (caixa 2), posteriormente utilizadas para pagamentos de propinas no exterior.

Sobre os fatos que envolveram o escândalo *Watergate*, Zimmer Júnior (2018, p. 45-46) comenta que:

Em junho de 1972, durante o período de campanha para as eleições presidenciais americanas, cinco homens foram detidos por volta das duas horas e meia da manhã ao adentrarem clandestinamente na sede do Comitê Nacional Democrata, no Complexo *Watergate*, em Washington, com a intenção de fotografar documentos e instalar escutas. A suspeita era de que estivessem atuando com vistas a prejudicar o Partido Democrata – representado pelo candidato George McGovern – nas eleições que ocorreriam dali a alguns meses. Depois das investigações, ligações entre o incidente e o então Presidente dos Estados Unidos Richard Nixon – buscando sua reeleição à época, pelo Partido Republicano – foram evidenciadas. Nixon acabou por se reeleger, de fato, para Presidente. Entretanto, tão logo surgiram indícios de que ele teria conhecimento de tal operação – acobertando o caso -, a pressão política, acompanhada de um iminente *impeachment* e de diversas suspeitas de corrupção durante a campanha eleitoral, fez com que Nixon renunciasse a Presidência em 8 de agosto de 1974.

[...]

Em julho de 1973, o Promotor Especial do caso *Watergate*, Archibald Cox, convidou publicamente qualquer companhia que tivesse feito contribuições questionáveis ou ilegais à campanha presidencial de 1972 a realizar “confissões voluntárias” – *voluntary disclosures*. O Promotor Especial detinha informações de que recursos de tais empresas poderiam ter ultrapassado as fronteiras nacionais com destino a governos e a partidos estrangeiros [...].

6 O foco do FCPA, segundo Heinen (2015, 30) foi coibir a prática negocial desonesta, obtendo-se por consequência a confiança e integridade do mercado econômico.

7 Conforme mencionado por Schramm (2019, 91): “Em síntese, ainda que o *Foreign Corrupt Practices Act* não preveja expressamente a figura do *compliance*, nem afastea penalidade diante da constatação de sua existência, de fato existem vantagens e incentivos à sua implantação, sobretudo na forma de ‘atenuantes’, mesmo que o resultado do cálculo possa ser questionável”.

8 O enredo aparentemente fantasioso perpetuou-se em película com o célebre e aclamado filme “Todos os Homens do Presidente”, de 1976, do cineasta norte-americano, Alan J. Pakula.

9 Trata-se de uma agência federal norte-americana criada para regulamentar o mercado acionário após a Grande Depressão de 1929, prevenindo abusos corporativos relacionados à oferta e à venda de títulos e de relatórios corporativos (<https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html>).

As confissões voluntárias¹⁰ demonstraram, segundo Veríssimo (2017, p. 150) que mais de 400 (quatrocentas) empresas norte-americanas, dentre as quais 100 (cem) estavam entre os maiores conglomerados empresariais mundiais, confessaram o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros¹¹.

Ocorre que as rígidas medidas estabelecidas com o FCPA às empresas norte-americanas propiciaram uma situação de desvantagem em relação aos concorrentes estrangeiros¹², pois, motivando a internacionalização de enfrentamento da corrupção pelos Estados Unidos, culminando com a posterior celebração da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Esses instrumentos internacionais expressam, além da sugestão de criação de normas internas de combate, responsabilização e repressão a atos de corrupção contra a administração pública nacional e internacional, a conjugação de esforços para o desenvolvimento de uma cultura de integridade e ética entre o Poder Público e as pessoas jurídicas de direito privado, como se observa por exemplo do art. 12 da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, ao disciplinar sobre o setor privado:

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.
2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em:
 - a) Promover a cooperação entre os organismos encarregados de fazer cumprir a lei e as entidades privadas pertinentes;
 - b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado;
 - c) Promover a transparência entre entidades privadas, incluídas, quando proceder, medidas relativas à identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão de empresas;
 - d) Prevenir a utilização indevida dos procedimentos que regulam as entidades privadas, incluindo os procedimentos relativos à concessão de subsídios e licenças pelas autoridades públicas para atividades comerciais;
 - e) Prevenir os conflitos de interesse impondo restrições apropriadas, durante um período razoável, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos ou à contratação de funcionários públicos pelo setor privado depois de sua renúncia ou aposentadoria quando essas atividades ou essa contratação estejam diretamente relacionadas com as funções desempenhadas ou supervisionadas por esses funcionários públicos durante sua permanência no cargo;
 - f) Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e

10 A Comissão de Valores Mobiliários norte-americana garantiu às empresas confessoras anistia, desde que se comprometessem a adotar procedimentos internos de *compliance* anticorrupção.

11 De acordo com Zimmer Júnior (2017, 50): “O pagamento de propinas a agentes públicos estrangeiros era atividade comum a diversas outras multinacionais norte-americanas, conforme investigações do Congresso apontavam à época. Mais do que isso, a própria *cultura* dessas empresas e de seus defensores se encontrava impregnada pela ideia de que práticas corruptivas eram necessárias e aceitáveis no ambiente empresarial”. Em certa medida, havia crença no sentido de que o não pagamento de suborno ensejaria perda daquele nicho econômico ou mesmo a não manutenção dos contratos firmados.

12 Como mencionado por Schramm (2019, 99), citando Leopoldo Pagotto: “Nos demais países a corrupção internacional não era criminalizada, ‘pelo contrário, alguns deles permitiam a dedução fiscal do suborno como despesas necessárias à efetivação do negócio’. Diante de tal cenário, passou a ser estrategicamente fundamental para a economia estadunidense implantar mecanismos de combate ao suborno internacional no maior número possível de países, o que explica a campanha anticorrupção encabeçada pelo país, principalmente no âmbito das organizações internacionais, por meio da celebração de acordos multilaterais.”

para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação;

Dessa forma, constata-se que o surgimento do instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro vai ao encontro da política anticorrupção internacional, tendo por finalidade introjetar às pessoas jurídicas o compromisso de manterem-se em conformidade com o plexo normativo de políticas regulatórias, de controle interno e de ética que envolvem a atividade (seja econômica ou não) desenvolvida por essas pessoas jurídicas.

2 O COMPLIANCE COMPREENDIDO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Identificado o surgimento do *compliance* dentro de uma política internacional de combate à corrupção, tem-se que a compreensão, propriamente dita, do termo remete às suas 2 (duas) perspectivas, como apontado por Zanon e Gercwolf (2018, p. 53):

De acordo com Parker e Nilesen, *compliance* pode ser compreendido a partir de duas perspectivas. A primeira, objetiva, [...] sendo que o principal significado de *compliance*, nesse contexto, diz respeito ao comportamento de obediência à regulação. Por outro lado, há a perspectiva interpretativista do *compliance*, [...] Nesse último caso, o *compliance* refere-se a significados e interpretações, hábitos sociais, práticas, interações e comunicações entre diferentes atores no processo de implementação. [...] de uma cultura de *compliance* que permeia a empresa em todos os seus níveis hierárquicos e pilares.

Embora sem tradução específica para a língua portuguesa, o verbo “*to comply with*” expressaria a ideia de concordância, adequação, de modo que a noção de *compliance*, para os fins propostos no presente artigo, pode ser compreendida como a adequação de uma pessoa jurídica às leis aplicáveis ao desenvolvimento de sua atividade, agindo em conformidade com as normas que envolvem a atividade empresarial.

Em que pese seu nascedouro tenha se originado da seara financeira como no tópico anterior, atualmente, pode-se afirmar a existência de políticas de *compliance* ambiental, publicitário, digital, trabalhista, tributário, anticorrupção, entre outros.

Assim, possuir uma política de *compliance* consiste, portanto, em estar em conformidade e executar com ética e eficiência os regulamentos internos e externos com o fim de mitigar o risco¹³ atrelado à reputação da pessoa jurídica e ao sistema regulatório da atividade por ela exercida.

E o desenvolvimento dessa política de conformidade aos regulamentos enseja não apenas a observância ao plexo normativo regulatório da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, mas a previsão e execução de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento de controle interno, utilização de códigos de ética e conduta para funcionários e colaboradores, sistemas de recebimento e

13 Ribeiro (2017, p. 203-204) menciona que: “[...] ameaça à estrutura negocial da pessoa jurídica recebe o nome de ‘risco de compliance’. Estudos especializados sobre a gestão de riscos empresariais atribuem à expressão ‘riscos de compliance’ a somatória de riscos de reputação e riscos de sanção a que estão sujeitas as empresas como resultados de falhas no cumprimento de leis, regulamentações e boas práticas empresariais. Trata-se, pois, de gênero a comportar duas distintas espécies de ameaças: o risco de imagem, como risco atrelado aos potenciais impactos negativos à reputação do ente empresarial, resultando numa publicidade negativa do ente perante a sociedade e o meio empresarial em que inserido; e o risco de sanção ou risco regulatório, entendido como a possibilidade de cominação de sanções, especialmente as de cunho pecuniário, em razão do descumprimento das regras e modelos de comportamentos exigidos por lei.”

apuração de denúncias que assegurem o anonimato, transparência na relação com o setor público, além da realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a própria política de integridade.

Como apontam Bechara e Bueno (2018, p. 159-160):

Portanto, uma política de *compliance* está diretamente relacionada com a construção de uma cultura empresarial ética e de conformidade, capaz de estimular todos os integrantes da organização a se comportarem corretamente, moralizando as práticas comerciais e cumprindo regras de forma habitual e natural.

Um programa efetivo de *compliance* ou de integridade deve criar códigos de conduta, regulamentos e políticas internas que definam objetivamente valores, princípios e normas daquela empresa, comportamentos esperados dos colaboradores, além dos mecanismos de controle e monitoramento que possam ser implementados pela empresa para garantir o cumprimento das normas.

A Lei Anticorrupção Brasileira adotou a instituição de *compliance* corporativo, ao estabelecer em seu art. 7º, VIII, como atenuante na aplicação de eventual sanção decorrente da prática de ato de corrupção tipificado pela Lei Federal nº 12.846/2013, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Por sua vez, em sede do Decreto Federal nº 8.420/2015, instrumento que regulamenta a aplicação da Lei Anticorrupção nacional, destinou-se capítulo específico (Capítulo IV) para disciplina dos programas de integridade, estabelecendo o art. 41, parágrafo único, que a estrutura, aplicação e atualização desses programas correlacionam-se indiscutivelmente com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, responsável por garantir o constante aprimoramento e adaptação dos programas, no intuito de prevenção, detecção e saneamento de possíveis irregularidades na sua atuação com a administração pública nacional ou estrangeira.

Assim, a ideia envolvida na compreensão do *compliance* anticorrupção na seara brasileira orbita, portanto, na prevenção, identificação e saneamento de potenciais desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, razão pela qual dialogar sobre *compliance* necessariamente implica na adoção de *governança corporativa*¹⁴, cuja prática deve nortear-se pelos princípios da transparência, da integridade e da prestação de contas (*accountability*).

Nas palavras de Scramm (2019, p. 163):

Diante disso, não há como se cogitar da existência de práticas de governança corporativa eficientes sem o respectivo programa de *compliance*, responsável por identificar e mitigar os riscos aos quais a empresa encontra-se submetida, por fortalecer os mecanismos de controle interno – voltados à conformidade legal – e por disseminar valores éticos.

O Decreto Federal nº 8.420/2015 identifica ainda, em seu art. 42, parâmetros a serem observados pelos programas de integridade adotados pelas pessoas jurídicas, dentre os quais destacam-se, dentre outros, (i) a necessidade de comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; (ii) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedi-

¹⁴ O Tribunal de Contas da União divulgou, recentemente, por intermédio do Acórdão 2.622/2015 proferido pelo Plenário da Corte Nacional de Contas, relatório de levantamento acerca do estágio da governança e da gestão das aquisições da Administração Pública Federal, a fim de identificar os pontos vulneráveis e induzir melhorias nessa área, conforme aprovação anterior pelo Acórdão 2.404/2013-TCU-Plenário. Na oportunidade, definiu-se governança como sendo o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle destinados a assegurar o alinhamento de decisões e ações relativas à gestão das aquisições às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.

mentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; (iii) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (iv) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (v) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; (vi) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; (vii) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; (viii) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (ix) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (x) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e (xi) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Por certo, a adoção desses parâmetros na implantação de programas de integridade por pessoas jurídicas demanda considerações sobre seu porte e especificidades; quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; setor do mercado econômico em que atua; grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, dentre outras, tal como preconizam os parágrafos do art. 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015.

Sem pretensão de esgotar a análise de cada um dos parâmetros de avaliação da eficiência dos programas de *compliance*, descritos no art. 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015, talvez o de maior relevância e essencialidade, que irradia sobre todos os demais, seja o descrito no inciso I do art. 42, a saber, comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa. Como mencionado por Ribeiro (2017, p. 206-207):

A atuação ética e comprometida com o combate à corrupção deve se originar de um comando claro e sincero do próprio órgão de cúpula da entidade empresarial, afinal o objetivo central de qualquer programa de *compliance* anticorrupção é o estabelecimento de uma cultura de fidelidade ao Direito, somente passível de construção e consolidação com a efetiva participação da direção superior da organização societária, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa. [...]

É justamente na transição do plano das ideias para o plano dos fatos que se constrói uma sólida cultura organizacional de conformidade com o ordenamento jurídico, cultura esta que deverá estar lastreada na factível verificação dos elementos essenciais que compõem a estrutura do programa de *compliance* anticorrupção. Entre o discurso e a prática, a demonstração da realidade cotidiana.

Nisso reside a importância da instituição de programas de integridade no âmbito das pessoas jurídicas. Na medida em que se implanta uma cultura organizacional de ética e conformidade ao plexo normativo regulatório da atividade desenvolvida, com a adoção de mecanismos de controle interno de prevenção, detecção e saneamento de potenciais irregularidades contra a administração pública nacional ou estrangeira, tem-se um instrumento fomentador de combate e controle à corrupção.

Zanon e Gercwolf (2018, p. 58) apontam para o fato de que a implementação de *compliance* poderia reduzir custos do Estado na prevenção e investigação da corrupção em um sentido macro, na medida em que as pessoas jurídicas atuariam em corresponsabilidade com o Poder Público na detecção de condutas ilícitas, realização de investigações internas com a eventual entrega desse resultado às autoridades.

Ademais, a implantação de *compliance* anticorrupção geraria, ainda, uma reputação positiva e, por consequência, uma situação de vantagem competitiva entre as pessoas jurídicas e respectivos consumidores ou beneficiários dos produtos e serviços por elas desenvolvidos, porquanto é inegável uma tendência mundial na aquisição de bens e serviços com valor e comportamento sustentáveis, em diversas áreas, tais como ambiental, econômica e porque não ética¹⁵.

Por certo, há dificuldades¹⁶ ainda no cenário nacional no que se refere à compreensão do *compliance*, sua implantação e desenvolvimento no âmbito das pessoas jurídicas, o que pode estar relacionado ao custo envolvido na estruturação do programa de integridade, considerado o porte e atividade executada pela pessoa jurídica.

Não obstante, diante do recente histórico de casos de corrupção identificados no Brasil, é inegável que a instituição de programas de conformidade, com o especial comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os seus conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, configura instrumento indispensável para o controle e repressão da corrupção, o que implica na necessidade de fomentar sua implantação e desenvolvimento em prol do surgimento de uma governança corporativa ética.

3 O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E A RUPTURA DO PARADIGMA NORMATIVO DAS PARCERIAS

Diante da constatação da incapacidade estatal de efetivar diversos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, implementou-se no Brasil um novo modelo de gestão da Administração Pública, mais especificamente com a reforma do Estado por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, baseada na execução descentralizada de políticas públicas.

Recorrendo-se ao escólio de Rodrigues (2018, p. 312), constata-se que o Plano Diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado (PIDRAE) inspirou-se na gestão empresarial, como reação à crise do Estado e forma de defendê-lo enquanto *res publica* e executor de políticas públicas, hipótese em que, com o modelo administração gerencial¹⁷, o Estado passaria a se preocupar com os fins a serem perseguidos e não tanto com o rigor do procedimento a ser observado, permitindo-se, assim, uma maior participação dos

15 Tanto é que já se observa dentro da federação brasileira a imposição como condição para celebração de contratos administrativos, quanto à existência mecanismos de compliance no ambiente organizacional dos potenciais contratados, como ocorre Lei Estadual nº 7.752/2017 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei Distrital nº 6.112/2018, as quais prescrevem, a grosso modo, a obrigatoriedade de implantação ou existência de programas de integridade nas contratações administrativas ali delineadas.

16 Zanon e Gercwolf (2018, p. 67) mencionam que “havia uma expectativa de disseminação em massa da cultura de compliance, bem como da adoção de programas de integridade pelas organizações empresariais. Entretanto, ao analisar pesquisas sobre maturidade do tema, o que se verificou no âmbito nacional foi que, embora tenha havido um crescimento no número de empresas que adotaram programas de compliance no ano de 2016 e o tema realmente tenha passado a integrar a agenda nacional, muitas ainda possuem uma infraestrutura mínima e apenas uma minoria teria programas considerados alto nível. Esse cenário parece indicar uma tendência de implementação de programas fictícios de compliance que não apresentam efetividade, [...]”

17 Conforme ensina Modesto (1997, p. , a Reforma do Estado, levando-se em consideração o objetivo gerencial, visava “aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados”. Firmou-se o entendimento de que o Estado deveria ser permeável à maior participação dos agentes privados e das OSC's, deslocando a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

agentes privados e das organizações da sociedade civil.

Assim, concomitante à execução descentralizada, ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional a expressão “terceiro setor”, a qual, no dizer de Fortini, Cunha e Pires (2018, p. 59-60), designa o conjunto de entidades criadas fora do ambiente estatal, desprovidas de interesse lucrativo e voltadas à execução de atividades de relevante interesse público, contribuindo, dessa forma, na formulação de políticas públicas direcionadas para a redução das desigualdades sociais com o atendimento de serviços sociais relevantes. A designação “Terceiro Setor” identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais, representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.

Assim, têm-se como serviços sociais relevantes aqueles ofertados à população em que a titularidade para sua prestação não é exclusiva do Estado, razão pela qual podem ser desempenhados tanto pelo ente público quanto pela sociedade, tal como ocorre com a assistência social, saúde, educação, entre outros.

Dentre os fatores que fundamentam a prestação de serviços sociais não exclusivos por entidades do “terceiro setor” merecem destaques os concernentes (i) à restrição orçamentária para o atendimento direto e exclusivo das demandas pelo Poder Público; (ii) à escassez de recursos financeiros; (iii) à necessidade de repartição de responsabilidades entre o Poder Público e sociedade civil, e, não menos raro, (iv) aos indícios de incapacidade, ausência de planejamento ou mesmo de ineficiência administrativa na execução direta dessas demandas pelo Poder Público.

Como bem destacado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2016, p. 17), essas entidades possuem um estilo institucional característico e enfrentam um desafio representado pela busca de sua sustentabilidade financeira, mediante produção de projetos interessantes a financiadores em potencial com a consequente realização de forma eficiente e eficaz. Por essa razão, a supracitada Corte de Contas apontou-se como condição *sine qua non* à adjudicação de novos projetos e à obtenção de novos financiamentos o fato de possuírem como objetivo maior a elevação da qualidade de vida da população com a promoção de um novo modelo de desenvolvimento para o País.

Constata-se, dessa forma, que essas organizações sem fins lucrativos, para fins de consecução de suas finalidades institucionais voltadas ao desenvolvimento de atividade de relevante interesse público, percebem, com uma certa frequência, recursos públicos e do setor empresarial.

Não se pode deixar de ressaltar que a relação jurídica estabelecida entre essas entidades e o Poder Público vem há muito tempo delineada no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a Constituição Federal de 1988¹⁸ atribui ao Estado o dever de garantir os direitos sociais por meio de um modelo prestacional adequado para cada tarefa, local e momento histórico, como bem delineado no voto do Ministro Luiz Fux, quando do julgamento da ADI 1923-DF, ocorrido em 16 de abril de 2015, que teve por objeto a análise da constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/1998, diploma que disciplina a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências.

Destaca-se que, no referido julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à

18 Em inúmeros artigos, a Constituição Federal de 1988 evidencia o reconhecimento e apoio às entidades privadas, que tenham por finalidade a solidariedade social ou fins públicos, como especificados nos arts. 199, §1º (saúde), 204, I (assistência social), 205, caput (educação), 213 (educação), 215 (cultura), 227, §1º (assistência integral à saúde da criança e adolescente).

Lei nº 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, merecendo destaque o pronunciamento no sentido de que, em razão do cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos que, por conseguinte, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão em figurarem na posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se ao Poder Público a condução da celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública, consagrados no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Em que pese o estabelecimento da referida premissa em sede do julgamento da ADI 1923-DF pelo Corte Suprema, cujas razões de decidir podem ser importadas para interpretação dos diversos ajustes entre o Poder Público e as entidades integrantes do Terceiro Setor, Lopes (2018, p. 30) enfatiza que, em meados de 2010, um grupo de representantes das organizações sem fins lucrativos entregaram aos candidatos à Presidência da República à época uma carta pugnando a criação de um grupo de trabalho destinado a elaborar proposta legislativa específica, tendente a normatizar um marco regulatório para o “Terceiro Setor”.

Com o Decreto nº 7.568/2011, editado pela então Presidenta da República, Dilma Rousseff, procedeu-se, ao mesmo tempo, a alteração dos diplomas disciplinador das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios (Decreto nº 6.170/2007) e regulamentador da Lei nº 9.790/1999, legislação das OSCIPs” (Decreto nº 3.100/1999), e a normatização, em seu arts. 5º e 6º, a constituição de um Grupo de Trabalho.

No referido diploma previu-se um grupo de composição paritária, sendo sete representantes de órgãos da União e sete representantes de entidades sem fins lucrativos com representatividade nacional, além dos respectivos suplentes, destinado a tecer diagnóstico quanto aos principais problemas, questões jurídicas específicas e formulação de propostas em relação à articulação necessária que deveria ser estabelecida entre o repasse de valores pelos entes públicos e as entidades do “terceiro setor”¹⁹.

Em que pese a digna função atribuída às entidades do “terceiro setor” no que tange à realização de serviços sociais de relevância pública, atuando de forma paralela com o Estado, não se pode deixar de consignar aquelas foram alvo e utilizadas, ao longo dos anos, para subverter a correta e adequada aplicação de recursos públicos na execução de atividades descentralizadas do Estado. Isso decorria, em especial, pelo fato de inexistência de regramento legal estabelecendo um procedimento prévio com relação à escolha da organização da sociedade civil para fins de recebimento de recurso público, hipótese em que algumas escolhas não estavam fundamentadas no interesse público, mas de favoritismo às entidades filantrópicas mais próximas do agente político com poder de decisão, entremeada, portanto, numa cultura de clientelismo e da política de balcão.

Inclusive, nesse ponto, cumpre destacar que o E. Tribunal de Contas da União, em sede de auditorias realizadas com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados pela União ou por entidades da Administração Indireta a organizações da sociedade civil, apontou com uma das irregularidades encontradas a falta de avaliação da capacidade técnica e operacional da OSC, inclusive

¹⁹ Nesse ponto, recorrendo-se ao escólio de Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 61), tem-se que o Grupo de Trabalho definiu 3 (três) eixos orientadores para a agenda de discussão sobre as relações entre as entidades da sociedade civil e o Poder Público, então chamada de Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, quais sejam, a contratualização, a sustentabilidade econômica e a certificação, sendo a Lei nº 13.019/2014 apenas 1 (um) dos produtos pretendidos pelo grupo no âmbito do eixo contratualização.

deparando-se com parcerias formalizadas em que essa última sequer possuía atribuições estatutárias e ou regimentais compatíveis voltadas ao objeto que deveria ser executado (Acórdão nº 2.066/2006-Plenário).

Por essa razão, a preocupação das entidades do “terceiro setor” na busca de uma normatização geral e contornos jurídicos específicos para os ajustes voltados à execução de demandas socialmente relevantes, mediante repasses de recursos públicos, decorreu do cenário fático-social de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs²⁰, no âmbito do Congresso Nacional, destinadas a investigar denúncias relacionadas a desvios de verbas públicas por entidades sem fins lucrativos, associado ao fato de uma busca pela eficiência e otimização de resultados, além da transparência na seleção da OSC e no repasse da verba pública.

Dentro desse contexto-fático social, elaborou-se o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, culminando com a edição da Lei Federal nº 13.019/2014, cuja edição partiu da premissa de que os ajustes celebrados entre Organizações da Sociedade Civil e a Administração Pública seriam modalidades contratuais genericamente considerados, o que atrairia a competência da União para legislar sobre regras gerais, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal²¹.

O referido diploma legal estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Organização da Sociedade Civil e a Administração Pública, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos

20 Nesse ponto, enfatiza-se que as CPI’s instauradas desencadearam, por sua vez, em meados de 2011, a edição do Decreto Federal nº 7.592/2011, que determinou a suspensão, pelo prazo de 30 (trinta) dias, dos repasses de recursos públicos às entidades privadas sem fins lucrativos decorrentes de convênios, de termos de parceria e de contratos de repasse, para fins de avaliação da regularidade de sua execução. Nesse sentido, como dito por Lopes (2017, p. 31-32):

O resultado foi bastante positivo. Dos 1.403 instrumentos em vigor analisados, apenas 164 tiveram alguma questão a ser apurada. [...]

Na ausência de regras próprias, as organizações sociais tiveram que responder por diversos atos como se fossem fraudulentas, quando na realidade eram apenas organizações frágeis institucionalmente e que não tinham suficiente estabilidade jurídica diante da pluralidade de entendimentos de gestores públicos e órgãos de controle.

[...]

Os convênios foram criados para descentralização da aplicação de recursos públicos entre entes públicos. Na medida em que se os utiliza também para as parcerias com as entidades privadas sem fins lucrativos, invariavelmente todo o regime de direito público é atraído e as organizações passam a ser tratadas como se órgão públicos fosse. Ocorre que as organizações da sociedade civil não são órgãos públicos e nem se transforma em órgãos públicos na medida em que executam políticas públicas com recursos públicos. Construir critérios próprios para essa relação era então imprescindível e necessário.

21 A despeito de o legislador federal ter se valido da supracitada competência constitucional para edição do MROSC, os autores Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 66-68) já antecipam discussão doutrinária sobre a legitimidade da União em disciplinar regras gerais *in casu*:

Ora, se os convênios e contratos são figuras distintas, tal como afirma o PL, como sustentar a obrigatoriedade de observância dos ditames da Lei nº 13.019/2014 pela totalidade de entes federados com o fundamento no art. 22, XXVII da Constituição Federal?

A redação do artigo 22, XXVII da Constituição Federal é clara ao determinar que cabe à União editar ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios’ (grifo nosso).

Na medida em que se reconhece a identidade dos convênios não faz sentido apoiar a criação de normas gerais no dispositivo constitucional que nada menciona a esse respeito.

[...]

Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.

Importa recordar que boa parte dos dispositivos da Lei nº 13.019/2014 são inspirados em outras regras federais, com destaque para os Decretos nº 3.100/03, 6.170/07 e a Portaria Interministerial 507/11. Em certa medida, o legislador quer impor aos demais entes cumprir o que a União já vem realizando.

Há que se deixar claro que não se desconsidera a necessidade de condicionar a celebração das ‘parcerias’ entre Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos a observância de normas. Logo, não se defende a escolha injustificada de entidades, a precariedade do vínculo ou a ausência de fiscalização, em especial porque a própria Constituição já fornece material suficiente para que se refutem ajustes assim. O que discute é se a União pode dizer como tais aspectos serão observados pelos demais entes.

de cooperação; definindo, ainda, diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; além de alterar as Leis Federais nº 8.429/1992 e 9.790/1999.

Extraí-se, dessa forma, que o fim precípua da Lei Federal nº 13.019/2014²² foi construir um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos, estabelecendo regras de seleção dessas entidades, instituindo novas modalidades de parceria, conferindo extrema importância ao plano de trabalho a partir do momento em que a prestação de contas passa-se a focar nos resultados e no cumprimento de metas delineados no referido instrumento.

Não restam dúvidas de que o controle de resultado acaba por atestar a legitimidade dos ajustes entre o setor público e as organizações da sociedade civil, a partir do fato de que aqueles são firmados para execução de serviço de interesse público e por traduzirem benefícios à coletividade, motivo pelo qual, como bem destacado por Lahoz (2018, p. 399), ao receber recurso público, a OSC *“deverá demonstrar que a sua utilização teve uma finalidade positiva para a população”*, não fazendo sentido *“a Administração Pública firmar uma parceria com uma entidade privada e não cobrar os resultados”*.

Ademais, a Lei nº 13.019/2014 exige transparência na condução da parceria, inclusive com previsão de procedimento prévio com relação à escolha da organização da sociedade civil para fins de recebimento de recurso público, e cria normas específicas identificadas determinadas condutas como atos de improbidade, tudo com o intuito de responsabilizar os participantes no caso de descumprimento dos comandos legais pertinentes à parceria adotada.

Não se pode deixar de mencionar, também, que a supracitada legislação nacional erigiu como diretrizes do regime jurídico das parcerias firmadas com as OSC's, além da priorização do controle de resultados, (i) o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade e (ii) a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de vantagens ou benefícios indevidos (incisos V e VIII do art. 6º).

Nesse ponto, destaca-se, inclusive, que a Associação Brasileira de Organizações Não-governamentais (ABONG) pronunciou-se no sentido de ser a transparência a relação de poder, sendo que, quando da prestação de contas para a sociedade com relação às ações desenvolvidas, a OSC não deve ficar adstrita à exposição do quantitativo de recursos dispendidos para tal mister, sendo de vital importância esclarecimentos quanto à origem do recurso, em qual ação (atividade ou projeto) fora empregada a verba, a natureza do trabalho desenvolvido, a forma como se dão os processos de trabalho dentro da organização e se há democracia e transparência nas esferas internas de decisão (TCE/SP, 2016, p. 18).

O MROSC impõe como dever da organização da sociedade civil a divulgação de informações, em site e locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações, concernentes às parcerias celebradas com a Administração Pública (art. 11), inclusive com disponibilização de cópia (i) de estatuto social atualizado e (ii) das parcerias formalizadas com a Administração Pública e a relação nominal dos dirigentes da entidade.

22 Oportuno destacar que as parcerias regulamentadas pelo MROSC não derogaram as outras modalidades de ajustes firmados entre o Poder Público e entidades representativas do “terceiro setor”, as quais continuam coexistindo com seu regramento específico, em harmonia com o sistema dimensionado pelo MROSC, inclusive o art. 3º, da Lei nº 13.019/2014 é expresso em informar a não incidência das normas constantes no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil quando diante de uma parceria formalizada com fundamento na Lei nº 9.637/1998 e na Lei nº 9.790/1999, diplomas que regulamentam, respectivamente, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

O supracitado diploma legal, exige, ainda, ficha limpa para o dirigente da OSC, a partir do momento em que, em seu art. 39, inciso VII, obsta a celebração de parceria com a Administração Pública a entidade que possua entre seus dirigentes pessoa (i) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irreversível, nos últimos 8 (oito) anos, (ii) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação ou (iii) considerada responsável por ato de improbidade enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992²³.

Outra novidade constante na Lei nº 13.019/2014 diz respeito às exigências para fins de celebração de parceria, demandando que no estatuto social da OSC conste identificado que (i) a mesma detém objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social, (ii) em caso de dissolução, seu patrimônio remanescente será transferido para outra OSC semelhante e (iii) a escrituração far-se-á de acordo com as Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 33, incisos I, III e IV).

Nesse ponto, cumpre trazer a baixa as precisas palavras de Tondolo et al (2016, p. 9-10) no sentido de que a transparência para as organizações integrantes do Terceiro Setor encontra-se atrelada a 3 (três) conceitos contábeis, quais sejam:

[...] (i) Disclosure, que significa a evidenciação e/ou divulgação de informações da organização; (ii) Compliance, se refere a conformidade legal da organização; e, (iii) accountability, se refere a prestação de contas da organização. No entanto, esses conceitos não devem ser limitados às práticas contábeis, uma vez que muitas outras informações relevantes podem ser divulgadas almejando a transparência nos processos e decisões da organização.

O princípio da transparência apresenta-se baseado no conceito de disclosure ou evidenciação, que prima pela necessidade de divulgação da informação contábil, sendo esta dotada de compreensibilidade, relevância e confiabilidade. Desta forma, os gestores precisam desenvolver um novo padrão de informação, devendo atingir os potenciais interessados, ou seja, comunidade, beneficiários e patrocinadores. Nesse sentido, a internet tem sido um meio indispensável, ágil e de grande proporção de divulgação dos resultados contábeis, processos e práticas organizacionais (Franco et al., 2012).

[...]

Já, o termo compliance está atrelado aos aspectos legais da organização. No contexto das organizações do Terceiro Setor, atender a exigências legais e deixar claro para a sociedade quais são essas exigências e como a organização está buscando atendê-las denota transparência por parte da organização. Visto que, estar em conformidade legal é uma obrigação da organização social, mas apresentar a sociedade e as partes interessadas os processos internos que são realizados buscando essa conformidade são atributos imprescindíveis porque denotam o desejo da organização em ser transparente (Milani Filho, 2009; Feeney, Rainey, 2009).

23 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Vale também ressaltar que a transparência está fortemente alicerçada ao conceito de accountability, visto que, na literatura, a partir da prática da prestação de contas as organizações introduzem a transparência. Embora, os modelos de prestação de contas sejam recorrentes e bem disseminados nas organizações privadas e públicas, as lentes teóricas não direcionaram suas atenções para as organizações sem fins lucrativos (Kearns, 1994).

A ampliação da responsabilidade administrativa tem seu substrato no interesse coletivo que as OSC's buscam atender (prestação de serviços públicos não exclusivos, que têm como beneficiário a sociedade), o que enseja a necessidade permanente de fomento por parte do Poder Público, que advém do art. 204, inciso I da Constituição Federal²⁴.

Ademais, do art. 5º, da Lei nº 13.109/2014 conclui-se que os princípios constitucionais da eficácia, eficiência, transparência, moralidade e participação social foram representados nessas inovações trazidas para as parcerias sociais, objetivando, dessa forma, propiciar mais segurança jurídica, controle e efetividade na atividade estatal de fomento, até em razão de do envolvimento de alguns dessas instituições em escândalos de desvio de recursos públicos às finalidades dissociadas do interesse público, acarretando aos seus dirigentes responsabilidades administrativas, cíveis e criminais.

Por fim, cumpre destacar que o MROSC textualmente afasta, em seu art. 84, parágrafo único, a aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 para as parcerias firmadas entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública, estabelecendo que a figura dos convênios, prevista no art. 116 daquele diploma legal, aplica-se apenas aos convênios celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculados e aos convênios decorrentes da contratualização dos serviços de saúde, consistentes em complementações dos serviços do Sistema Único de Saúde²⁵.

Dessa forma, diante de tudo o que fora até o presente momento explanado, com a entrada do MROSC em vigor, busca-se parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade

24 Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

25 Historicamente, os instrumentos convênios eram utilizados para materializar os ajustes firmados entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos cujo objeto fosse voltado (i) à execução descentralizada de serviços públicos de relevância social ou (ii) à realização de objetivos de interesse comum, de mútua colaboração.

Inclusive, cumpre destacar que Mânica (2018, p. 109-110) informa que a substituição da nomenclatura de convênios para os ajustes firmados com as entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público para a realização de atividades pertinentes ao "terceiro setor" é apresentada como o fenômeno da superação do *paradigma dos convênios*, segundo o qual:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram intensas inovações normativas na disciplina das relações do Estado com o terceiro setor. De um ambiente institucional restrito aos Convênios, cuja disciplina legal cingia-se a um único dispositivo da Lei nº 8.666/93, passou-se a um cenário em que convivem nada menos do que seis modelos de ajustes com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Atualmente, além dos próprios Convênios, o universo das parcerias com o terceiro setor é formado pelos Contratos de Gestão (Lei nº 9.637/98), pelos Termos de Parceria (Lei nº 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei nº 13.019/2014). Esse processo de multiplicação e de especialização das parcerias sociais trouxe consigo importantes transformações no que tange à natureza dos vínculos e ao objeto das avenças. Tais mudanças ainda se encontram em fase de assimilação pela doutrina jurídica brasileira, que ainda não consolidou uma teoria que supere o que se pode denominar de *paradigma dos Convênios*.

Tal paradigma pode ser sintetizado pela percepção de que todas as parcerias com o terceiro setor possuem características próprias de um determinado modelo de ajuste – o Convênio. Os convênios com o terceiro setor ganharam forma no Brasil em meados do século passado, quando o Estado não possuía qualquer dever de garantia dos direitos sociais. Tratavam os convênios, portanto, de meros instrumentos de incentivo estatal descompromissado a iniciativas sociais julgadas relevantes. Desde então foram cristalizadas na doutrina as características dos Convênios, como a ausência de vinculação contratual, a identidade das partes envolvidas e a precariedade do vínculo.

Este estudo parte da premissa de que a Lei nº 13.019/2014 traz base normativa para a superação do paradigma do Convênios como fonte interpretativa dos diversos modelos de parceria com o terceiro setor.

de civil de forma republicana, com a edição de normas objetivas que exigem, em regra, desde um processo seletivo da entidade parceria a uma prestação de contas diferenciada, voltada com a perspectiva e realidade das OSC's, focada no resultado, além de previsão de regras voltadas à segurança jurídica, ao controle e à efetividade na atividade estatal de fomento, prevendo responsabilização aos seus dirigentes na ordem administrativa, cível e criminal.

4 A IMPORTÂNCIA DA CULTURA DA CONFORMIDADE NO ÂMBITO DAS PARCERIAS REGIDAS PELO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Como já enfatizado anteriormente, as OSC's, para fins de execução do conjunto de atividade de relevância pública, inclusive em razão de não serem dotadas de finalidade lucrativa, acabam percebendo, com uma certa frequência, recursos públicos e do setor empresarial, até como forma de assegurar sua sustentabilidade financeira.

Como bem delineado no capítulo 3 do presente trabalho, a Lei nº 13.019/2014 exige das organizações da sociedade civil atuação responsável, proba e transparente. Isso porque as supracitadas entidades promovem atividades de interesse público qualificada como de alto impacto social, hipótese em que percebem recursos públicos em razão de vínculos jurídicos firmados com a Administração Pública, fator esse que exige um posicionamento ético tanto daquelas como de seus colaboradores.

Com o advento da Lei nº 12.846/2013, objetivou-se proteger o patrimônio público, ao dispor “*sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*” (art. 1º), hipótese em que, para lhe ser imputadas as penalidades previstas na referida legislação, basta a demonstração de nexo de causalidade entre o comportamento tipificado na norma e o resultado material ou imaterial almejado pela entidade infratora, por intermédio da ação de seus órgãos, dirigentes, administradores, empregados e prepostos, sem haver necessidade de se perquirir culpa ou dolo para fins de responsabilização (art. 2º). Inclusive, a supracitada legislação federal possui regramento expresso no sentido de que a responsabilidade individual de dirigentes, administradores ou qualquer pessoa natural envolvida em ato ilícito, não exclui a responsabilização da pessoa jurídica (art. 3º, § 1º).

Nesse ponto, tem-se que inexistem dúvidas quanto à aplicabilidade da Lei Anticorrupção às OSC's quando estas praticam atos lesivos à Administração Pública tipificados no art. 5º do supracitado diploma legal, o que enseja a conclusão de que a preocupação por uma atuação conforme e transparente deve ser ainda mais relevante no “terceiro setor”.

Como bem enfatizado no capítulo 2, a Lei nº 12.846/2013 estabelece como um fator a ser considerado para fins de aplicação de penalidade a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, VIII). Todavia, como bem destacado por Rodrigues (2018, p. 316-317):

[...] o comprometimento com a observância das normas não se restringe às regras ou procedimentos intimistas, posto que os programas de integridade utilizados como paradigma visam, em especial, a prevenção dos atos ilícitos praticados por funcionários, tanto dentro como fora da empresa, ou

seja, o comportamento ético não deve se restringir à observância das normas morais e legais de boa conduta dentro do ambiente corporativo, mas também nas relações que a empresa tem com a sociedade, aí incluída a relação com seus fornecedores, seus consumidores e com o próprio Estado”, sendo certo que cada agente econômico deve levar em consideração suas próprias particularidades da implementação de um programa de *compliance*.

Dessa forma, como bem destacado no capítulo 2 do presente artigo, os programas de *compliance* detêm extrema importância já que se destinam a aumentar os mecanismos de fiscalização e controle interno, alargam as chances de prevenção e detecção do ilícito pelas supracitadas organizações.

Veríssimo (2018, p. 276) leciona que a ISO 370001, ao detalhar os sistema de administração anticorrupção, ressalta a importância da compreensão da organização e seu contexto, identificando as questões internas e externas relevantes aos seus propósitos e que afetam sua habilidade de atingir os objetivos de prevenção de condutas corruptas que ameaçam a sua atuação. De acordo com o Manual básico referente aos repasses públicos ao terceiro setor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2016, p. 17-18):

As entidades do terceiro setor possuem um estilo institucional característico e enfrentam um desafio representado pela busca de sua sustentabilidade financeira. Devem produzir projetos interessantes a financiadores em potencial e realizá-los com sucesso. O objetivo maior é elevar a qualidade de vida da população com a promoção de um novo modelo de desenvolvimento para o país, condição sine qua non à adjudicação de novos projetos e obtenção de novos financiamentos. Forçosamente impõe-se a avaliação da sociedade em relação ao profissionalismo e eficiência institucional das entidades do terceiro setor; suas ações realizadas com transparência, responsabilidade pública (*‘accountability’*) e respeito às normas legais e regulamentares, às políticas e às diretrizes estabelecidas (*‘compliance’*), mesmo tratando-se de atividade sem finalidade lucrativa e em geral voluntária.

A responsabilidade sobre a gestão dos recursos, a transparência da execução de suas atividades e a diligência na prestação de contas passam a constitui elementos legitimadores à ação das OSC’s e nesse ambiente, o *compliance* ganha centralidade na atuação dessas entidades e passa a ser elemento de sustentabilidade, tendo por finalidade assegurar que o exercício de suas atividades ocorra de forma sustentável, com estrita conformidade com o ordenamento jurídico e as normas aplicáveis e em consonância com elevados padrões éticos e responsabilidade social.

Além da conformidade legal, o programa de *compliance* envolve estratégias que viabilizem uma alteração nos padrões culturais em relação à ética e às diretrizes que regulam atividade desempenhada, evitando a prática de condutas proibidas e o consequente prejuízo à imagem da organização, devendo-se estar atento que, para uma entidade sem fins lucrativos, o nome é o maior bem que se encontra à sua disposição.

Todavia, a implementação de programas de *compliance* pela OSC não pode ignorar o regime jurídico incidente sobre suas atividades, em especial quando levado em conta suas interações com o setor público e privado e a natureza das receitas por ela administrada, razão pela qual Oliveira et al (2019, p. 691) destacam que “*não se revela possível a construção de desenhos abstratos de programas de compliance, aplicáveis de forma indistinta para todo o setor*”.

Do explanado, constata-se que um dos desafios atuais para as organizações da sociedade civil está direcionada à incorporação e à internalização dessa cultura de programas de integridade bem como à promoção, em sua gestão, da implantação eletiva de programas de *compliance*, adaptados às peculiaridades inerentes às suas finalidades.

Especialmente no que concerne ao combate à corrupção no âmbito das parcerias com as organizações da sociedade civil, o programa de *compliance* deve ser voltado à garantia de que (i) não haja um ajuste prévio entre a OSC, seus representantes e colaboradores, e o Poder Público, como forma de ser utilizada para subverter a correta e adequada aplicação de recursos públicos na execução de atividades descentralizadas do Estado; (ii) a execução do ajuste se desenvolva em consonância com os parâmetros elencados no edital do chamamento público, na hipótese de não estar-se diante de um chamamento público dispensável, dispensado ou inexigível, e dentro dos limites gerais e normativos.

Rodrigues (2018, p. 318) informa que a implementação de um projeto de *compliance* demanda várias ações, destacando para o “terceiro setor” as concernentes:

- a) ao levantamento dos principais riscos envolvidos nas atividades da OSC;
- b) à identificação dos agentes externos incumbidos da fiscalização das atividades que desenvolve;
- c) à instituição de processos internos integrados, visando padronizar procedimentos de alto risco de erro e inadequações;
- d) à criação de uma comissão ou grupo para acompanhamento constante das normas específicas aplicadas às atividades da entidade e de auditoria interna com a finalidade de se evitar erros e aprimorar eficiência da gestão, verificando a adequação dos processos empregados.

Com relação a primeira ação delineada, não restam dúvidas de que, a partir do mapeamento de riscos, será possível à OSC prever as medidas cabíveis para cada situação, não havendo dúvidas de que a não previsibilidade do dano poderá importar em prejuízo ao cumprimento da finalidade para a qual fora instituída a entidade, comprometendo, por conseguinte, o serviço público não exclusivo que desenvolve e a sociedade beneficiária.

Esse mapeamento de risco permite um controle prévio e concomitantemente à execução da parceria com o Poder Público, assegurando-se a correção de desvios eventualmente incorridos. Empregando as lições de Mileski (2011, p. 142), ao tratar do controle da gestão pública, é possível afirmar que:

O controle assim realizado permite prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, na medida em que o acompanhamento da gestão fiscal das Administrações Públicas deve ser realizado bimestral, quadrimestral ou semestralmente através de relatórios e demonstrativos parciais, na forma legal regulada. Ao final de cada exercício haverá a consolidação desses relatórios parciais, resultando na prestação de contas anual da gestão fiscal.

Nesse ponto, oportuno destacar que a Lei nº 13.019/2014 privilegia o controle concomitante, ao estabelecer mecanismos de monitoramento e avaliação das parcerias ao longo de sua execução, devendo-se estar atento que o mapeamento prévio dos possíveis riscos passíveis de enfrentamento da execução da parceria importará em assegurar o atingimento do resultado e das metas delineadas no plano de trabalho e, assim, a satisfação dos direitos daqueles contemplados com as ações desenvolvidas pela OSC.

No que tange à identificação dos agentes envolvidos na ação de fiscalização, cumpre destacar que ser de vital importância que a OSC tenha conhecimento das unidades dotadas de competência para fiscalização de suas atividades desenvolvidas. A título exemplificativo, no âmbito da assistência social, conforme se extrai do art. 16, da Lei nº 8.742/1993, constituem instâncias deliberativas do Sistema Único de Assistência Social os Conselhos (i) Nacional de Assistência Social (CNAS), (ii) Estadual de Assistência Social (CEAS)

e (iii) de Assistência Social do Distrito Federal (CASDF) ou Municipais de Assistência Social (CMAS), cabendo ao primeiro (CNAS), dentre outras funções, a normatização das ações e a regulação da prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social (art. 19, inciso II), ao passo que aos dois últimos (CASDF e CMAS) cabem a fiscalização das entidades de assistência social (art. 9º, § 2º).

Não há como ignorar que, para a consecução da finalidade para a qual fora instituída, a OSC pode receber recursos públicos por meio de parcerias firmadas com o Poder Público, hipótese em que estará sujeita à fiscalização externa por parte do órgão ou entidade com quem celebrou o ajuste (arts. 63 a 72, da Lei nº 13.019/2014), do Ministério Público em caso de malversação (art. 129, inciso III, da Constituição Federal) e do Tribunal de Contas quando diante de reprovação das contas apresentadas ou de lesão ao erário (arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, ambos da Constituição Federal).

Detendo conhecimento com relação aos agentes externos incumbidos da fiscalização das atividades que desenvolve, em especial as normativas que regulam o procedimento de controle, a OSC poderá planejar de forma eficiente a forma como executará as atividades de relevante interesse público com o intuito de assegurar que suas ações contribuam na formulação de políticas públicas, reduzindo as desigualdades sociais.

Com relação à instituição de processos internos integrados, considerando que as organizações da sociedade civil possuem, por fundamento de existência, atuação em favor do interesse público, exercendo atividades em colaboração com o Estado, auxiliando-o a efetivar suas missões constitucionais de processo e efetivação dos direitos sociais, não restam dúvidas de que o arquétipo de programa de *compliance* demanda (1) o estabelecimento de procedimento prévio para cadastramento de beneficiários, assegurando-se transparência com relação aos serviços disponibilizados à sociedade; (2) a divulgação das demonstrações contábeis e a prestação de contas (*accountability*) à comunidade; (3) a previsão de medidas disciplinares em casos de violação do referido programa, o qual deve ser amplamente divulgadas aos colaboradores e aos terceiros parceiros; e (2) a estruturação de procedimentos voltados à prevenção de fraudes e ilícitos nas interações com o Poder Público.

Por fim, a criação de uma comissão ou grupo para acompanhamento constante das normas aplicadas à atividade e na verificação do cumprimento das normas e processos tem por fim assegurar o controle preventivo de suas ações, uma vez que, como bem delineado no capítulo 3 do presente trabalho, a Lei nº 13.019/2014 exige da OSC atuação responsável, proba e transparente, razão pela qual se torna necessário que a supracitada entidade busque e, em especial, mantenha-se no sistema de governança corporativo interno, garantindo estar em *compliance*, ou seja, “de acordo” com todas as regras a serem aplicáveis.

Do explanado, constata-se que os programas de integridade são ferramentas indispensáveis para o aprimoramento e a profissionalização do Terceiro Setor, contribuindo tanto para o combate à corrupção na entidade e nas suas relações, como para a celebração de parcerias mais seguras e eficientes, já que, nas precisas palavras de Rodrigues (2019, p. 318), na etapa inicial de implantação, no diagnóstico, o programa possibilita a detecção de fragilidades e riscos inerentes às atividades que serão desenvolvidas, subsidiando a tomada de decisão para prevenir ou minimizar as ameaças que possam afetar a efetividade da atividade estatal de fomento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento do instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro vai ao encontro da política anticorrupção internacional, tendo por finalidade introjetar às pessoas jurídicas o compromisso de

manterem-se em conformidade com o plexo normativo de políticas regulatórias, de controle interno e de ética que envolvem a atividade (seja econômica ou não) desenvolvida por essas pessoas jurídicas.

A ideia envolvida na compreensão do *compliance* anticorrupção na seara brasileira orbita, portanto, na prevenção, identificação e saneamento de potenciais desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, razão pela qual dialogar sobre *compliance* necessariamente implica na adoção de *governança corporativa*, cuja prática deve nortear-se pelos princípios da transparência, da integridade e da prestação de contas (*accountability*).

Por sua vez, com a entrada da Lei nº 13.019/2014, busca-se parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade civil de forma republicana, com a edição de normas objetivas que exigem, em regra, desde um processo seletivo da entidade parceria a uma prestação de contas diferenciada, voltada com a perspectiva e realidade das OSC's, focada no resultado, além de previsão de regras voltadas à segurança jurídica, ao controle e à efetividade na atividade estatal de fomento, prevendo responsabilização aos seus dirigentes na ordem administrativa, cível e criminal.

O estímulo às medidas de *compliance* no âmbito das parcerias regidas pelo MROSC tem grande potencial para melhoria na governança e na transparência da OSC, tornando-se a referida entidade elegível a receber fontes de recursos, estabelecer parceria e relacionar-se com maior segurança com os diversos parceiros, seja do setor público, seja do setor privado.

Conclui-se o presente trabalho apresentando como proposição de que, considerando que as OSC's realizam atividades de relevante interesse público, o aprimoramento das práticas de transparência e de gestão por meio do *compliance* beneficiam a entidade, o Poder Público e a sociedade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BECHARA, Fábio Ramazzini; BUENO, Samara Schuch. Programas de compliance: Compartilhamento de informações entre investigação privada e oficial. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção**: Aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2 ed. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: << <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corruptao.htm>>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. Lei Anticorrupção e Terceiro Setor: Reflexões sobre o compliance aplicado ao setor sem fins lucrativos. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 415-441.

FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Gianetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 59-84.

FREITAS, Aline Akemi. Os alicerces da nova Lei de Fomento e de Colaboração (Lei nº 13.019/2014): Para um controle por resultado. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 11-36, jan./jun. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: Estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GERCWOLF, Susana; ZANON, Patricie Barricell. Programas de compliance e incentivos no combate à corrupção no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. **Compliance no terceiro setor**: Controle e integridade nas organizações da sociedade civil. São Paulo: Elevação, 2018.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: Controle de meios ou de resultados? In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 385-402.

LOPES, Laís de Figueiredo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: Construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração com o Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29-58.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 107-135.

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

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativo e marco legal das organizações sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o modelo de organizações sociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

OLIVEIRA, Marcela Santos de; AVELAR, Mariana Magalhães; ALVIM, Thiago. Compliance e o terceiro setor. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coords.). **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 679-704.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PORTELLA TONDOLO, Rosana da Rosa; GONÇALVES TONDOLO, Vilmar Antonio; CAMARGO, Maria Emilia; BESSA SARQUIS, Aléssio. Transparência no Terceiro Setor: Uma proposta de construto e mensuração. **Espacios Públicos**, vol. 19, n. 47, septiembre-diciembre, Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2016, pp. 7-25. Disponível em: << <http://www.redalyc.org/pdf/676/67650281001.pdf>>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anti-corrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RODRIGUES, Cristina Barbosa. Aspectos promissores do compliance no Terceiro Setor. In: MOTTA,

Fabício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-133.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual Básico**: Repasses Públicos ao Terceiro Setor. São Paulo: TCE, 2016. Disponível em: <<<https://www4.tce.sp.gov.br/manual-basico-repasses-publicos-ao-terceiro-setor>>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Carolina Yumi de. Sistema Anticorrupção, Improbidade Administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. In: HIROSE, Regina Tamami. **Carreiras típicas de Estado**: Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VERÍSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas de anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**: Uma análise crítica. Atualizado conforme a lei das OSC – Organizações da Sociedade Civil (lei 13.019/2014) e a decisão do STF na ADIn 1.923 sobre a Lei 9.637/98. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**: Cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**: Uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.