

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE DE OLIVEIRA PEGURIN LIBÓRIO

**CORRUPÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE: O *COMPLIANCE* E AS
“*COLLECTIVE ACTIONS*” COMO INSTRUMENTOS CAPAZES
DE ENSEJAR A ÉTICA E A INTEGRIDADE NO SETOR**

VITÓRIA
2018

HENRIQUE DE OLIVEIRA PEGURIN LIBÓRIO

**CORRUPÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE: O COMPLIANCE E AS
“COLLECTIVE ACTIONS” COMO INSTRUMENTOS CAPAZES
DE ENSEJAR A ÉTICA E A INTEGRIDADE NO SETOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito básico para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da profa. Ms. Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque.

VITÓRIA

2018

HENRIQUE DE OLIVEIRA PEGURIN LIBÓRIO

**CORRUPÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE: O COMPLIANCE E AS
“COLLECTIVE ACTIONS” COMO INSTRUMENTOS CAPAZES DE
ENSEJAR A ÉTICA E A INTEGRIDADE NO SETOR DA SAÚDE**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Ms. Alessandra Lignani de Miranda
Starling e Albuquerque
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

A corrupção como realidade nacional está, nos últimos anos, no centro do debate político-econômico brasileiro. As grandes operações investigativas foram capazes de apurar vultuosos valores desviados. O setor da saúde, neste contexto, aparece como protagonista na observação da prática ilícitas, antiéticas e fora daquilo tido por integridade. Tal circunstância enseja consequências nefastas, expondo à riscos não somente pacientes e usuários, mas também todo o correto andamento do mercado e o respeito às instituições democráticas. Ademais, a ausência de tipificação da corrupção entre particulares faz solo fértil para ocorrência de trocas obscuras entre profissionais da área médica e empresários deste mesmo ramo. Neste sentido, *compliance* surge como meio capaz de modificar referido cenário, essencialmente através das *collective actions*. Tendo em vista a perspectiva acima exposta e as especificidades do tema abordado, empregar-se-á a dialética como metodologia capaz de melhor incorporar as necessidades inerentes ao assunto estudado.

Palavras-chave: Corrupção; *Compliance*; Saúde; Direito Internacional; *Collective Actions*; Ética; Integridade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO E SEUS DESOBRAMENTOS PRÁTICOS	07
1.1 CORRUPÇÃO: CONCEITO	07
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	08
1.3 CORRUPÇÃO NO MUNDO	10
1.4 O BRASIL E A CORRUPÇÃO	14
1.5 CORRUPÇÃO PRIVADA E O VÁCUO NORMATIVO NO PAÍS	17
2 COMPLIANCE: UM INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO	22
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO	22
2.2 O TRATAMENTO DADO AO COMPLIANCE NO BRASIL	27
3 O SETOR DA SAÚDE E O CONTEXTO DE CORRUPÇÃO ENDÊMICA	31
3.1 CENÁRIO ATUAL	31
3.2 O <i>COMPLIANCE</i> E AS <i>COLLECTIVE ACTIONS</i>	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata a problemática envolvendo a corrupção privada na área da saúde no Brasil. Neste sentido, o primeiro capítulo abordará o tema corrupção.

Inicialmente, tem-se a conceituação do termo, bem como uma análise etimológica da palavra. Após, é realizado estudo histórico acerca do tema, além de pesquisa sobre a evolução da percepção da corrupção pelo meio social.

Ato contínuo, é demonstrado o tratamento dado à corrupção ao redor do mundo, expondo legislações internacionais referentes ao tema. Em seguida, traz-se à baila o contexto que envolve a corrupção em solo nacional, a partir de estudo da origem da corrupção no Brasil, passando pela evolução da abordagem dada ao problema, bem como as legislações vigentes sobre o assunto e a falta de normativas que abarquem aquilo que será demonstrado como corrupção privada e suas consequências nefastas.

O segundo capítulo aborda o tema do *compliance*. De início, é apresentado o conceito do termo. Logo depois são narradas as circunstâncias que ensejaram o surgimento deste instituto e os benefícios da implantação do mesmo. Posteriormente, as legislações internacionais que influíram na popularização e valorização do *compliance* são alvo de análise.

Por fim, o *compliance* é ponderado a partir da realidade brasileira em que o Poder Legislativo ainda engatinha no que tange à produção normativa que enseje o agir de acordo com o *compliance*. Não obstante a isso, é destacado o trabalho realizado pela Controladoria Geral da União (CGU) e a sua função de “departamento interno de *compliance* da União”.

O último capítulo trata de fazer um paralelo entre a corrupção privada na área da saúde, seus desdobramentos práticos e a utilização do *compliance*, a partir das “*collective actions*”, no combate à promiscuidade existente entre os médicos e

empresas do citado ramo, tendo em vista um contexto de ausência de tipificação da corrupção entre particulares e os perigos que as trocas obscuras podem ocasionar. Neste sentido, busca-se chegar à resposta para o seguinte questionamento: em um cenário de carência de tipificação da corrupção privada, é o *compliance*, através das “*collective actions*”, instrumento capaz de ensejar um ambiente ético e íntegro na área da saúde?

1 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS

1.1 CORRUPÇÃO: CONCEITO

Não é de hoje que o tema corrupção se insere no aspecto central do dia-dia brasileiro. Costumeiramente, sai-ano-entra-ano, esse assunto é suscitado por alguma denúncia que movimenta a classe política e empresarial em âmbito nacional, à exemplo do escândalo do Mensalão Petista, Mensalão Tucano, Operação Lava Jato, Operação Carne Fraca dentre outras.

A partir dos anos 80 (oitenta), concomitantemente ao processo de redemocratização do Brasil, a corrupção foi, de maneira progressiva, se inserindo no centro do debate político do país. Isso, pois, os anseios democráticos da população estimularam o combate à discricionariedade, ao segredo e mentira na gestão pública¹.

Nesse sentido, o protagonismo da corrupção no noticiário proporcionou uma espécie de mudança de paradigmas. Explico. Práticas antes consideradas normais, exemplificadas pelo famoso “jeitinho brasileiro”, se tornaram intoleráveis, não mais sendo vistas como inerentes ao comportamento nacional. Em outras palavras, iniciou-se um movimento de fim da relativização para com ilegalidades antes toleradas. A corrupção mudou de status e passou a ser vista como um problema causador de mazelas que assombram a realidade brasileira².

Nesse momento, mister uma conceituação doutrinária daquilo que, no decorrer do presente trabalho, será abarcado pelo termo corrupção. Corrupção, nas palavras de Flávia Schilling³, é:

[...] um conjunto variável de práticas quem implica em trocas entre quem detém poder decisório na política e na administração e quem detém poder

¹ SCHILLING, Flávia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável?. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p.12.

² Ibidem, p.12.

³ Ibidem, p.15.

econômico, visando a obtenção de vantagens - ilícitas, ilegais ou ilegítimas - para os indivíduos ou grupos envolvidos.

Frisa-se que, o referido termo abrange não somente aquelas condutas que possuem etiqueta penal, ou seja, são crimes. A palavra corrupção é, na verdade, capaz de enquadrar os mais variados tipos de comportamentos, com alcances diversos. O que se verifica, porém, em todas as condutas, é uma relação de promiscuidade entre quem detém o poder decisório e quem detém o poder econômico⁴.

Já a partir de um estudo etimológico, percebe-se que a palavra corrupção se origina do termo latim *rumpere*, que por sua vez significa romper, dividir, quebrar. O citado termo propiciou, mais tarde, o surgimento da expressão *corrumpere*, que corresponde a uma alteração, desunião, decomposição. No dicionário, por sua vez, corrupção é “algo se decompôs, putrefez ou tornou-se devasso, perverso, depravado [...]”⁵.

Assim, infere-se que a corrupção pressupõe um elemento anterior em “bom estado”. A atividade corrupta ensejaria a alteração desse estado da coisa, transformando-a em algo distinto de seu propósito inicial. Em outras palavras, seria “desviar uma coisa do fim para o qual naturalmente tende”⁶.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nas últimas décadas, a corrupção emerge como um problema inerente à modernidade e as rápidas trocas possibilitadas pelo advento da alta tecnologia. Juntamente com as facilidades trazidas pela era digital, observou-se o surgimento de novos meios e métodos de corrupção. Ocorre que, não obstante o pensamento da corrupção como um mal contemporâneo, aquela é observada desde os primórdios da humanidade⁷.

⁴ SCHILLING, Flavia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável?. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p.18.

⁵ Ibidem, p.44.

⁶ Ibidem, p.44.

⁷ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 11.

Ainda na Grécia antiga, na fase historicamente conhecida como clássica, já se observava a tipificação de condutas hoje abarcadas pelo termo corrupção, tais como o peculato e o abuso de autoridade. Acerca do tema, Edmundo Oliveira⁸, em Crimes de Corrupção, explica:

A partir da fase clássica houve três tipos de delitos de funcionários contra a administração pública: a) o peculato (klopes), b) a corrupção (dóron), c) o abuso de autoridade (adikia). Klopes é nome genérico dos crimes contra o patrimônio; dóron significa dádiva e corresponde à corrupção de funcionário público, ativa ou passiva; adikia, em sentido genérico, é injustiça; no caso específico é o abuso de autoridade. Mais tarde aparece um delito específico de corrupção de juízes (dekasmos).

Em Roma, por sua vez, juntamente com o crescimento do império e as dificuldades de controle sobre os territórios conquistados, apareceram as primeiras leis tratando a corrupção. Destacam-se as primeiras legislações a abarcarem o tema, quais sejam, a Lei Cincia, bem como a Lei Servilia:

Para deter e desestimular esse declínio dos costumes que ameaçava levar ao crepúsculo moral e à ruína deontológica, foram progressivamente aparecendo as leis contra a corrupção. A primeira foi a lei Cincia, proposta por Marcos Cíncio e que instituiu uma ação de repetição, isto é: para pedir de volta o que houvesse sido dado ou pago a funcionário público. [...] A lei servilia cominou a pena de infâmia para o condenado por corrupção e transformou em direito real a faculdade de exigir a devolução do indébito, o que permitiu reivindicar a coisa dada como presente de quem a detivesse⁹.

Salienta-se também o avanço, já naquela época, do tratamento dado à corrupção. O direito romano, para além das disposições acima citadas, considerava “ilícitos os donativos de qualquer natureza e presumiu a doação no caso de contratos que ocultassem um presenteamento”¹⁰.

O que se observa, na verdade, é que a corrupção é da natureza do homem. Ela é inerente às formas de organização de Estado já experimentadas na história.

Neste momento, tendo em vista o que o presente trabalho pretende, mister realizar um salto cronológico para tratar da corrupção e seu maior protagonismo nos últimos 100 anos de história, no Brasil e no mundo.

⁸ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 17.

⁹ Ibidem, p. 21.

¹⁰ Ibidem, p. 24.

1.3 CORRUPÇÃO NO MUNDO

Como visto, a corrupção está presente na sociedade desde muito tempo. À nível mundial, infere-se que, durante longo período, a corrupção fora considerada um problema característico dos países ditos subdesenvolvidos.

Durante os anos 60 e 70, os estudos refletiam a ideia de que a corrupção existiria apenas nos países desenvolvidos como atos de corrupção (isolado), e como corrupção generalizada somente em países subdesenvolvidos ou meridionais. A partir dos anos 80, aparecem pesquisas que mostram uma mudança neste enfoque, devido ao crescimento do número de casos nos países desenvolvidos e lavando à percepção de que, também nestes, a corrupção não pode ser considerada como um problema marginal, e sim como um fenômeno endêmico¹¹.

Não obstante a isso, ainda na década de 20, estudos já apontavam que as 70 (setenta) maiores empresas dos Estados Unidos estavam envolvidas em crimes de corrupção, como destacado no trabalho realizado pelo criminólogo Edwin Sutherland¹².

À essa época, ainda segundo o estudo do referido autor, os crimes cometidos pelas grandes empresas superavam, no que tange a quantidade de verba desviada, os crimes ditos ordinários, tais como assaltos, roubo e extorsões ocorridas em todo Estados Unidos, durante o período de um ano¹³.

Frisa que, a partir da década de 60, novas visões acerca do problema da corrupção surgiram, passando-se a discutir a suposta funcionalidade da mesma.

A teoria de Samuel Huntington¹⁴, em especial, ganhou espaço no meio acadêmico. Segundo esta, “em sistemas bloqueados, com burocracias rígidas e anacrônicas, a corrupção seria o óleo necessário para fazer funcionar mecanismos enferrujados e desgastados [...]”. Ou seja, tínhamos em evidência uma teoria que observava a corrupção com uma ilegalidade tolerável e salutar ao desenvolvimento.

¹¹ SCHILLING, Flavia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 44.

¹² SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹³ Ibidem, p. 19.

¹⁴ HUNTINGTON apud SCHILLING, Flavia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 44.

A partir de 1977, sob influência dos Estados Unidos e seu, à época, recém promulgado *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* - lei interna sobre corrupção no comércio internacional que estabeleceu como ilícitas o suborno de funcionários estrangeiros e proibiu dedução fiscal dos valores dispendidos nessas negociatas -, diversos movimentos internacionais se voltaram para discussão sobre as condutas ilícitas no ambiente do comércio internacional. Conforme Giovanini¹⁵, as disposições do FCPA estabeleceram que:

[...] o uso intencional de qualquer meio do comércio em prol de qualquer oferta de pagamento ou promessa de pagamento, ou ainda autorização do pagamento quer seja em dinheiro ou algo de valor a qualquer pessoa, mesmo sabendo que a totalidade ou parte desse pagamento seja oferecida ou prometida, direta ou indiretamente, a um funcionário público para influencia-lo em sua capacidade oficial, induzi-lo para fazer ou deixar de praticar um ato de violação do seu dever legal, ou para obter qualquer tipo de vantagem indevida, a fim de ajudar a obter, direcionar ou manter negócios para ou com qualquer pessoa.

Referida lei passou a ser aplicada em face de todas as pessoas, jurídicas ou físicas, americanas ou estrangeiras, que porventura tenham conexão com os Estados Unidos.

Nesse contexto, iniciou-se uma grande pressão por parte dos americanos para que a sociedade internacional também estabelecesse regras para práticas de suborno no comércio estrangeiro. Assim, em 1996, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OEA), bem como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) vetaram o suborno de funcionário público estrangeiro nos domínios dos países signatários¹⁶.

Outro marco importante na luta à corrupção foi a criação, em 1993, da primeira Organização Não Governamental (ONG) internacional de combate à corrupção, a *Transparency International*. Esta tem por escopo a “luta contra corrupção nas

¹⁵ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 25.

¹⁶ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 36.

transações comerciais internacionais, inspirar políticas governamentais, influir sobre comportamento comercial e sensibilizar a opinião pública para o problema”¹⁷.

Citada ONG criou, em 1995, o índice CPI/TI (*Corruption Perception Index/Internacional Transparency*), que visa quantificar, através de uma espécie de termômetro “o grau em que a corrupção é percebida entre os funcionários públicos e políticos” e a tendência de aumento ou diminuição¹⁸.

Sendo o índice inferior a 35, os países são considerados de alto risco, envolvendo elevado grau de corrupção. Nos últimos anos, Iraque, Somália e Afeganistão situam-se nesta classificação. Entre 36 e 63, constam os países considerados com médio risco de corrupção, faixa em que se encontra o Brasil, acompanhado de vários outros, como: Cuba, El Salvador, Bulgária, Colômbia, Itália e Grécia. Acima de 64, estão os países de menor risco, como Dinamarca, Finlândia, Nova Zelândia e Suécia¹⁹.

Frisa-se que o Brasil, em 2006, apresentava índice 33, estando enquadrado como país com elevado grau de corrupção. Já em 2013, alcançou o índice 42, de maneira a ser considerado agora um país de médio risco de corrupção²⁰.

Já em 1998, o Conselho da Europa, através da Ação Comum de 22 de dezembro do mesmo ano, estabeleceu, em seus artigos 2º e 3º, a tipificação da corrupção ativa e passiva no âmbito privado, respectivamente:

Art. 2º - Ato deliberado de qualquer pessoa que, no exercício da sua atividade profissional, solicite ou receba, diretamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas ou de qualquer natureza ou aceite a promessa de tais vantagens, para si ou para terceiros, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados atos.

Art. 3º - Ação deliberada de alguém que prometa, ofereça ou dê, diretamente ou por interposta pessoa, uma vantagem indevida, de qualquer natureza, a uma pessoa, para esta ou para terceiros, no exercício das atividades profissionais dessa pessoa, a fim de, em violação dos seus deveres, pratique ou se abstenha de praticar determinados atos²¹.

No ano seguinte, a Convenção Penal deste mesmo conselho, recomendou, por meio do art. 7º e art. 8º, a criação, por parte dos estados membros, a tipificação da corrupção privada ativa e passiva:

¹⁷ SCHILLING, Flavia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável?. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 60.

¹⁸ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 44.

¹⁹ Ibidem, p. 39.

²⁰ Ibidem, p. 44.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Ação Comum**, de 22 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998F0742>>. Acesso em: 23 maio 2018.

Art. 7º Corrupção ativa no setor privado

Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, o fato de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma atividade comercial, prometer, oferecer ou entregar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida a qualquer pessoa que seja dirigente ou que trabalhe para entidades do setor privado, em benefício próprio ou de terceiros, para que essa pessoa pratique ou se abstenha de praticar um ato com violação dos seus deveres.

Art. 8º Corrupção passiva no setor privado

Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, o fato de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma atividade comercial, que seja dirigente ou trabalhe em entidades do setor privado, solicitar ou receber, diretamente ou por intermédio de terceiro, uma vantagem indevida ou aceitar uma oferta ou a promessa de oferta, em benefício próprio ou de terceiro, para que pratique ou se abstenha de praticar um ato em violação dos seus deveres²².

Em 2002, por sua vez, foi instituída nos Estados Unidos a Sarbanes-Oxley (SOX), que estabeleceu processos de controle internos nunca antes vistos que as empresas com capital aberto em bolsas de valores americanas foram obrigadas a adotar, buscando evitar a corrupção no ambiente do mercado de ações²³.

Cita-se também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁴, que no seu art. 21 recomenda a punição da “corrupção ativa e passiva no curso de atividades econômicas, financeiras ou mercantis”, nos seguintes termos:

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

²² EUROPA. Conselho da Europa. **Convenção penal sobre a corrupção**, de 1999. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

²³ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 4-5.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, de 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2018.

Mais recentemente, em 2011, o Reino Unido promulgou a *UK Bribery Act*, que responsabiliza os executivos e gestores, caso estes não demonstrem que empreenderam todos os meios possíveis para evitar ato de corrupção realizado por funcionários ou por terceiros.

Referida legislação, assim como o FCPA, é transnacional, visto que se aplica, para além das empresas com sede ou filial no Reino Unido, mas também àquelas que comercializam com empresas do Reino Unido²⁵.

Desta maneira, fica evidenciado que a comunidade internacional, preocupada com a gravidade das consequências e com as ameaças ocasionadas pela atividade corrupta, que enseja instabilidade das instituições e dos valores democráticos, passou a perceber a corrupção como um fenômeno transnacional, de maneira a ser necessário uma cooperação global no combate à esta.

1.4 O BRASIL E A CORRUPÇÃO

No Brasil, a corrupção é uma prática criminosa, que, segundo estudo realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia da FIESP, subtrai dos cofres públicos um valor que chega a R\$ 69 bilhões de reais por ano. Este montante corresponde a de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro de forma, que, caso essa atividade ilícita findasse – mesmo sendo uma atividade de imaginação utópica - a renda per capita do País poderia chegar a US\$ 9 mil, 15,5% mais alta que o nível de hoje²⁶.

Um número mais assustador ainda é o exposto pelo procurador da República Deltan Dallagnol, chefe da força-tarefa do Ministério Público Federal na Operação Lava Jato. Segundo este, os recursos desviados em esquemas de corrupção no Brasil chegam em número próximo a R\$ 200 bilhões por ano. Nota-se a discrepância de

²⁵ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 27.

²⁶ FIESP. **Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano**. São Paulo, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

valores, entretanto, é perceptível as vultosas cifras que envolvem a corrupção no Brasil²⁷.

Outro fato de destaque é a posição do país no ranking mundial de corrupção. O Brasil encontra-se na posição 76 de 178 países analisados, ficando, inclusive, na mesma posição de países como: Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Índia, Tailândia, Tunísia e Zâmbia²⁸.

Assim, é possível inferir que as proporções e consequências da corrupção do Brasil são de grande porte.

Ademais, sabe-se que, desde o período colonial, a corrupção assombra a realidade nacional. Os grandes oligarcas e as relações de familismo, clientelismo, patronagem e amizade que foram estabelecidas, ensejaram e estimularam a promiscuidade entre a relação do poder decisório e o dinheiro²⁹.

Em um quadro desse tipo, prevaleceu a lei do mais forte. O mais forte era quem reunia condições para manter-se na terra, desalojar posseiros destituídos de recursos, contratar bons advogados, influenciar juízes e legalizar assim a posse da terra³⁰.

No âmbito público, as leis regulamentadoras surgiram recheadas de carga burocrática, de maneira que, a cada novo obstáculo criado pelo Estado, uma nova forma de se corromper era criada. Nas palavras de Décio Franco David³¹, afirma-se que o parlamento, por muito tempo, legislou elaborando normativas “sob medida” aos interesses privados, “a medida do freguês”.

²⁷ LOPES, Elizabeth; AFFONSO, Julia. Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. **Estadão**, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

²⁸ BRASIL piora 7 posições em ranking mundial de corrupção e fica em 76º. **G1**, São Paulo, 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-76-lugar-entre-168-paises.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

²⁹ SCHILLING, Flavia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 44.

³⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 161.

³¹ DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 215-16.

Outro fator contribuinte para observância da corrupção como realidade endêmica e inerente ao Brasil relaciona-se com o conceito de litigiosidade social discutido por Sousa Santos. Para este autor, tem-se o litígio quando “o lesado ache que o dano é de algum modo remediável”³².

Assim, quando se tem em uma sociedade a prática reiterada de um ilícito considerado de difícil investigação e de complexa reparação, cria-se para com os integrantes desse grupo a ideia de que a conduta em questão não forma um litígio, isto é, não gera uma controvérsia judicial.

Aqui, defende-se que a corrupção se insere no rol de ilícitos cujo o árduo combate e complicada reparação, estabelece na sociedade a noção de uma normalidade, ou em outras palavras, cria para o corpo social a percepção de que a prática da corrupta não acarreta a formação de um litígio³³.

Outro fator para a visualização da corrupção no Brasil sob uma roupagem de normalidade é a difícil criação de uma relação de causa e efeito entre a atividade corrupta e suas consequências práticas. Assim, é difícil definir os prejuízos causados por essa atividade, na medida em que, na grande maioria dos casos, os danos são compartilhados por uma coletividade. Entretanto, muitos são os problemas causadas por essa conduta, como leciona Wagner Giovanini³⁴, *in verbis*:

São diversas as consequências da corrupção em termos da alocação e distribuição de riqueza: aumenta os custos das transações e, assim, reduz o investimento e o crescimento; resulta em má alocação dos recursos públicos, com hiperfavorecimento de setores cartelizados e conseqüente redução de recursos que poderiam ser alocados em outros setores; por ser secreta, introduz incerteza na resolução de conflitos. O investimento realizado para corromper um agente do Estado não pode ser defendido por foros de julgamento e conciliação independentes.; desestimula a inovação tecnológica e desenvolvimento gerencial.; interfere perversamente com o papel redistributivo do Estado e estimula a fraude fiscal; reduz a qualidade dos bens e serviços adquiridos pelo Estado; estimula a invasão da atividade produtiva pelo crime organizado, decorrente da identificação dos métodos e agentes; contamina a atividade política, que se torna alvo de caçadores de renda.

³² SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Oficina do CES, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017.

³³ SCHILLING, Flavia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 24.

³⁴ GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 23.

Outrossim, a falta de legislação específica, bem como a total carência de diploma legal que tratasse da corrupção privada fez do Brasil um território fértil para a prática de condutas ilícitas.

Desta feita, tendo em vista os aspectos acima expostos, restam evidentes as problemáticas envolvendo a corrupção no Brasil, motivo pelo qual, num contexto de deficiência do Poder Público no combate às condutas abarcadas pelo referido termo, bem como a falta de tipificação da corrupção entre particulares, faz-se de suma importância o aprofundamento do estudo nos meios alternativos de combate à mesma.

1.5 CORRUPÇÃO PRIVADA E O VÁCUO NORMATIVO NO PAÍS

Como citado anteriormente, no que tange ao ordenamento nacional, afirma-se a carência de tipificação de condutas inerentes à corrupção privada. De maneira simples, não é crime. Isso, pois, historicamente, o legislador preocupou-se apenas em tratar da corrupção no âmbito da administração pública³⁵.

Acerca desta última faceta, o próprio Código Penal, em seus artigos 317 e 333, dispõe sobre. *In verbis*:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

³⁵ OLIVEIRA, Caroline. **Combatida no exterior, corrupção privada não é crime no Brasil**. Carta Capital, São Paulo, 25 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/combatida-no-externo-corrupcao-privada-nao-e-crime-no-brasil>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional³⁶.

Ademais, outras leis ordinárias podem ser usadas para ensejar a responsabilidade daqueles que por ventura venham a cometer atos de corrupção pública, tais como como a Lei dos Servidores Públicos (n.º 8.112/90), Lei das Licitações Públicas (n.º 8.666/93), a Lei da Improbidade Administrativas (n.º 8.429/92), a Lei Complementar da Responsabilização Fiscal (LC n.º 101/00), a Lei Complementar da Ficha Limpa (LC n.º 135/10), a Lei da Defesa da Concorrência (n.º 12.529/2011), a Lei do Crime Organizado (n.º 12.850/13), entre outras, contribuem para o arcabouço legal contra corrupção³⁷.

Noutro aspecto, o Brasil já ratificou três Tratados Internacionais em que se compromete a se adequar as normativas internacionais sobre a corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)³⁸.

A respeito desta última, a mesma foi ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Desta forma, o Brasil assumiu o compromisso de tipificar criminalmente a corrupção no setor privado ³⁹.

Ocorre que, até o presente momento, a realidade jurídica nacional estabelece que o crime de corrupção existe somente em face da administração pública, envolvendo algum agente público.

Assim, não obstante a exaustiva tipificação da corrupção pública, evidente que a falta de atenção dada à corrupção privada estabelece um vácuo jurídico que deve, de alguma maneira, ser preenchido.

³⁶ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁷ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 28.

³⁸ Ibidem, p. 35.

³⁹ DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214.

Neste sentido, afirma-se que o Projeto de Novo Código Penal, apresentado em 2012 (PLS 236/2012) e em trâmite no Senado, tipifica a corrupção privada como “corrupção entre particulares”, estabelecendo como sanção “prisão de um a quatro anos” (sem identificação de detenção ou reclusão), a conduta de:

exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente as suas atribuições⁴⁰.

Incorre na mesma sanção quem “oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida”⁴¹.

Importante destacar a disparidade entre as penas cominadas nos artigos 317 e 333 do atual Código Penal, que disciplinam a corrupção pública, e a prevista no art. 167 do citado projeto de lei. Evidente que tal abismo entre as penas não é algo que ocorre por acaso. Mais uma vez, demonstra-se certo desprezo e pretensão de continua impunidade aos crimes de corrupção entre particulares.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei 5.895/16, que modifica a Lei 9.279/96, preceitua que “ente privado que prometer ou oferecer, receber ou aceitar vantagem para desviar clientela ou celebrar contratos de outro ente privado poderá ser apenado com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa”⁴².

No momento, mister a exposição do fato de o Código Penal em vigor no Brasil datar do distante ano de 1940. Não é necessário fazer grande trabalho de pesquisa para verificar que, quando da promulgação do referido diploma legal, a realidade brasileira não ensejava a produção de tipo penal que abarcasse as condutas verificadas como corrupção privada.

Isto, pois, naquele tempo, a indústria nacional ainda era tímida, bem como a própria economia se baseava extensivamente nas chamadas commodities. O Estado

⁴⁰ DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214.

⁴¹ *Ibidem*, p. 214.

⁴² *Ibidem*, p. 215.

exercia amplo controle sobre as atividades econômicas, sendo as ditas indústrias de base pilares do crescimento econômico ambicionado.

A partir de novembro de 1937, o Estado embarcou com maior decisão em uma política de substituir importações pela produção interna e de estabelecer uma indústria de base. [...] A Carta Magna de 1937 reservava aos brasileiros a exploração das minas e quedas d'água. Determinava que a lei regularia a sua nacionalização progressiva, assim como o das indústrias consideradas essenciais à defesa econômica ou militar. Dispunha também que só poderiam funcionar no país bancos e companhias de seguros cujos acionistas fossem brasileiros. Concedia-se as empresas estrangeiras um prazo, a ser fixado por lei, para que se transformassem em nacionais⁴³.

Assim, as trocas corruptas invariavelmente envolviam agentes públicos, motivo pelo qual a corrupção pública fora tipificada em detrimento da praticada entre particulares.

Posteriormente, nos anos 1990, com o avanço do estado neoliberal e a abertura do mercado para os produtos externos, bem como a onda de privatizações empreendidas pelo governo Collor, inicia-se a percepção da corrupção privada como problemática necessária de combate.

O governo Collor foi um misto de aventuras políticas e rupturas fundamentais com o modelo de desenvolvimento que, com modificações, se mantinha desde 1940-1950. Entre essas rupturas, estão a abertura comercial e as privatizações de empresas estatais do setor industrial. [...] As privatizações, até então limitadas a empresas de menor importância, passaram a ocorrer em setores fundamentais da matriz industrial brasileira, como siderúrgica e petroquímica⁴⁴.

Tal contexto se justifica no sentido de que a emergência dos ideais neoliberais, ensejaram a diminuição do Estado e o controle que este exercia sobre a economia. Órgãos responsáveis pela regulamentação de atividades econômicas antes controlados pelo Estado passaram a ser comandados pela iniciativa privada.

[...] ganhou impulso a ideologia contrária ao Estado intervencionista e protecionista com a defesa do "Estado mínimo", subordinado à economia de mercado e capaz de atrair investimentos internacionais. Adotava-se assim o neoliberalismo. [...] A nova era da globalização capitalista exigia integração

⁴³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 316.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 475.

e adaptação da produção nacional aos padrões mundiais, ao projeto de acomodação neoliberal, chamado por alguns de Consenso de Washington⁴⁵.

Essa nova realidade contribuiu para o surgimento do discurso da corrupção privada no Brasil. Isso, pois, não obstante ao exercício de atividade privada, trocas corruptas realizadas no seio de determinados extratos econômicos mostraram-se capazes de afetar uma grande quantidade de pessoas, motivo pelo qual passou-se a pensar na importância da criação de figura que tipifique a corrupção entre particulares⁴⁶.

Dentro deste contexto, marcado pelo citado vácuo legal, bem como o aumento da percepção da corrupção privada como algo extremamente prejudicial ao correto andamento do mercado, e suas consequências nefastas, empreendeu-se uma busca por meios alternativos de estabelecimento de uma realidade em que as trocas empreendidas por particulares fossem marcadas pela legalidade e integridade.

Assim, o *compliance* emergiu como instrumento capaz de ensejar este desejado novo cenário, compreendido pela existência de paradigmas umbilicalmente ligados a ética.

⁴⁵ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2010. p. 786.

⁴⁶ PIMENTEL, Matheus. Por que o Brasil não pune corrupção privada. **Nexo Jornal**, São Paulo, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/14/Por-que-o-Brasil-n%C3%A3o-pune-corrup%C3%A7%C3%A3o-privada>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

2 COMPLIANCE: UM INSTRUMENTO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A partir da década de 80 (oitenta), não obstante aos grandes avanços tecnológicos surgidos, iniciou-se um período em que emergiram consequências das atividades econômicas antes não observadas, sendo enfrentados agora novos dilemas legais, éticos e socioambientais⁴⁷.

Nesse sentido, afirma-se que o desenvolvimento econômico-sustentável, em uma sociedade capitalista, depende de um mercado caracterizado por práticas ética e de integridade, de maneira a potencializar a livre iniciativa e a concorrência entre os atores econômicos.

A ideia de sustentabilidade, há cerca de 3 décadas, ingressou na vida econômica, em lugar de um modelo diverso de produção. O modelo substituído tratava como mera externalidades os impactos negativos gerados pela atividade produtiva em desfavor de público diversos dos acionistas. Constituíam problemas alheios ao núcleo empresário produtor. O respectivo saneamento era atribuído a sujeitos diversos da empresa: o Estado, sobretudo. Tratava-se de um modelo insustentável de distribuição de papéis: quem produzia impactos negativos para terceiros, como consequência necessária para produzir e ganhar com seu produto, não tinha compromissos com a neutralização destes impactos. [...] O ingresso da noção de sustentabilidade na vida econômica vem, sobretudo, da intensificação da percepção de riscos procedentes em larga medida do emprego de tecnologias no bojo da atuação empresarial. Tais riscos protagonizam a tomada de decisões políticas, eis que refletem sobre a humanidade, e esta, a seu termo, passa a refletir sobre eles, gerando um ambiente de “modernidade reflexiva”. Tudo faz entrarem em cenas novas palavras de ordem. Assim, por exemplo, a governança corporativa [...]⁴⁸.

A situação adquire contornos de maior importância a partir da constatação de que as trocas mercantis realizadas são cada vez mais marcadas pela dinamicidade, em razão das novas tecnologias inerentes à chamada era digital⁴⁹.

⁴⁷ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 23.

⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidade. In: _____; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76.

⁴⁹ DIB, Natália; LIMA, Sergio. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237.

Barreiras entre países são hoje relativizadas em face das facilidades de realização de transações internacionais, sendo necessário um agir em conjunto por parte de diferentes instituições de locais distintos do planeta, tendo em vista os direitos afetados serem, muitas vezes, direitos supra individuais⁵⁰.

Assim, não obstante as vantagens estabelecidas pelas inovações e formas de comércio, infere-se que estas também põem em risco bens jurídicos que possuem como titulares toda uma coletividade, tais como o meio ambiente, sistema financeiro e tributário e a própria administração pública⁵¹.

Ademais, tem-se que, a partir da lógica capitalista, ordem econômica vigente na maioria dos países ocidentais, a corrupção enseja uma espécie de desregulação do mercado. Isto, pois, a concorrência torna-se desbalanceada, de maneira a tender àqueles que praticam atividades corruptas. Assim, há prejuízo aos consumidores, que podem estar adquirindo ou se utilizando de produtos de má qualidade, mas que, em razão de atos ilícitos empreendidos, se apresentam como a melhor opção de compra ou uso⁵².

Outrossim, é evidente que o atual contexto do mercado, em que a busca desenfreada pelo lucro põe em segundo planos as preocupações sociais e ambientais, visto o ambiente comercial ser historicamente exposto em um maior grau de intensidade às trocas corruptas, essencialmente em razão da realidade de competição, a honestidade muitas das vezes é deixada de lado⁵³.

Não obstante a citada realidade, afirma-se que, como leciona Miguel Reale Junior⁵⁴, “a lealdade e a confiança nas relações de trabalho e econômicas, apresentam-se como fundamentais para salvaguardar da sociedade e da justiça”.

⁵⁰ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 17.

⁵¹ SILVA, Douglas. *Compliance e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (behavior economics) – o caso da publicidade infantil*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

⁵² GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 23.

⁵³ DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 206-207.

⁵⁴ REALE JUNIOR apud DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 207

Dentro desse contexto, os programas de *compliance* visam mitigar as distorções estabelecidas dentro mercado que ocasionem situações fora daquilo tido por ético ou íntegro, ensejando uma competição mais justa e saudável entre concorrentes, por meio da institucionalização de diretrizes internas de condutas pró ética⁵⁵.

Assim, é evidente que, para além da criação de sistema íntegro, o *compliance* tem o escopo de promover a manutenção das instituições, bem como a própria eficiência e respeito à justiça⁵⁶.

Neste momento, é importante uma análise do conceito do *compliance*. O termo tem sua origem relacionada com o verbo em inglês “*to comply*”. Isto é, estar em conformidade, de acordo com algo. Assim, *compliance* é a atividade empresarial dentro daquilo entendido por legalidade, ou seja, de acordo com as legislações atinentes. Para além disso, *compliance* é também seguir preceitos éticos, não necessariamente estabelecidos em determinações estatais, mas sim em códigos internos e externos, de maneira a mitigar riscos a imagem da empresa, além de ensejar um ambiente empresarial íntegro⁵⁷.

Desta forma, tendo em vista a própria definição do *compliance*, muito se pensa que o mesmo seria responsável apenas por vetar determinadas ações de uma empresa. Não é esta a realidade. A missão do *compliance* é dar embasamento as decisões da alta gestão, bem como estabelecer para os funcionários, colaboradores e fornecedores uma série de determinações a serem seguidas, de maneira a promover a ética e integridade, agregando valor ao negócio⁵⁸.

Nesse sentido, infere-se que o *compliance* é instrumento capaz de prevenir, diminuir e até mesmo suprimir os danos ensejados por uma atividade empresarial sem

⁵⁵ SILVA, Douglas. *Compliance* e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*) – o caso da publicidade infantil. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

⁵⁶ DAVID, Décio Franco. *Compliance* e corrupção privada. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 207.

⁵⁷ SILVA, Douglas. *Compliance* e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*) – o caso da publicidade infantil. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33

⁵⁸ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 109.

compromisso com os direitos coletivos ou supra individuais, a partir da neutralização de desvios de condutas empreendidos pelas empresas e ou seus representantes e funcionários⁵⁹.

Destaca-se que, um programa de *compliance* beneficia, inicialmente, a própria empresa, a partir de um arcabouço de condutas preventivas capaz de proteger não somente os sócios e diretores de possíveis sanções, mas também os empregados e colaboradores, evitando circunstâncias que, não obstante estarem dentro da legalidade, ou seja, não serem proibidas por lei, impactarem de maneira negativa a visão de terceiros sobre a empresa, além de estabelecer uma cultura interna de observância as várias normas vigentes acerca de matérias empresariais⁶⁰.

Em outro aspecto, frisa-se os péssimos resultados internos que a reiterada prática de atos ilícitos exerce nas empresas. Isto, pois, sendo o ato de corromper inerente à atividade empresarial, infere-se que o próprio ambiente interior da empresa é contaminado por uma cultura de tolerância à ilegalidade⁶¹.

Ademais, os programas *compliance* ganham ênfase na medida em que é possível obter diversos resultados, tais como:

- 1) redução do custo das negociações comerciais com o governo; 2) atração de investidores e doadores de recursos com orientação ética; 3) atração e retenção de profissionais com fortes princípios morais; 4) promoção de vantagem competitiva em relação a clientes e consumidores eticamente engajados; 5) orientação para redução de sanções legais em jurisdições estrangeiras; 6) aumento da credibilidade dos negócios; 7) influenciar futuras leis e regulações; 8) aumento e reforço da marca e nome empresariais; 9) aumento da confiança dos consumidores nos produtos e serviços da empresa; e 10) respeito entre os concorrentes no mercado ⁶².

Deste modo, percebe-se, nos últimos anos, a partir do movimento em torno dos programas *compliance*, uma espécie de partilha da responsabilidade de prevenção e

⁵⁹ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidade. In: _____; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86.

⁶⁰ SILVA, Douglas. *Compliance* e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*) – o caso da publicidade infantil. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

⁶¹ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 23.

⁶² DAVID, Décio Franco. *Compliance* e corrupção privada. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227.

combate às transgressões normativas entre o Estado e os particulares, a partir do surgimento códigos internos de conduta, bem como instrumentos de regulação público-privado⁶³.

Com a citada partilha entre o Estado e particulares do dever de prevenção, identificação e sanção de ilícitos, estimulou-se no ambiente empresarial a emersão de um sistema de autovigilância baseado no agir *compliance*, que, nas palavras de Silva Sánchez⁶⁴, são “medidas positivas de formação, que podem não apenas neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo favorecedoras de fatos ilícitos, além de incentivar culturas de grupo de fidelidade ao direito”.

Importa frisar que, não se concretiza a privatização do combate às condutas desviantes, como pode parecer. Na verdade, o que se observa é a formação de um conjunto de medidas estatais capazes de estimular nos particulares a fidelidade ao direito e a integridade, a partir da visualização, por parte do empresariado, que tal contexto é capaz de resultar em benefícios à imagem da empresa, bem como minorar hipóteses de sanções estatais⁶⁵.

Assim, o estabelecimento de um programa *compliance* demonstra para a sociedade um modo de condução do negócio voltado para o combate à corrupção e pró ética, por meio de um sistema de governança particular. Tal circunstância enseja, para terceiros e para os próprios órgãos estatais, a criação de uma imagem de empresas cumpridora dos deveres legais e éticos⁶⁶.

⁶³ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 933, p. 151-165, jul. 2013. p. 151.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 100.

⁶⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 55.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 73.

2.2 O TRATAMENTO DADO AO COMPLIANCE NO BRASIL

Em solo nacional, o movimento em torno dos programas *compliance* teve por pontapé a Convenção de Viena de 1988. Isto, pois, sendo signatário da mesma, o Brasil obrigou-se a elaborar legislação que tratasse sobre lavagem de dinheiro e financiamento de atividades ilícitas⁶⁷.

Desta maneira, as instituições financeiras assumiram a vanguarda na implantação do *compliance* no país, surgindo responsabilidades em comunicar as autoridades transações anormais. Nesse sentido, visando se resguardarem de possíveis responsabilizações por falhas na observância de movimentações não usuais, criaram estruturas internas de *compliance*⁶⁸.

Após, o protagonismo dado hoje aos programas *compliance* emergiu naqueles estratos econômicos cuja a regulação mais incisiva tornou indispensável a criação de setor interno à empresa responsável pela implementação de mecanismos com escopo de prevenir e reprimir violações legais e éticas⁶⁹.

Desta forma, a área da saúde passou a ser muito influenciada pela ideia do *compliance*. Tal fato se justifica a partir da compreensão de que o alto grau de regulamentação propiciou e propicia terreno fértil para transgressões às normas impostas. Neste sentido, preocupadas com as sanções à que estavam sujeitas, as companhias da citada área iniciaram projetos de prevenção e repressão as condutas *non compliance*⁷⁰.

Outros fatores contribuintes para expansão dos programas *compliance* foram os escândalos de corrupção em grandes multinacionais, a crise econômica de 2008, bem como a percepção dos riscos ao meio ambiente que uma atividade empresarial descompromissada com os marcos legais e éticos enseja.

⁶⁷ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 21.

⁶⁸ COSTA, Helena; ARAÚJO, Marina. *Compliance* e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 106, 2014. p. 215.

⁶⁹ SANTOS, Víctor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance* e o erro no Direito penal. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.

⁷⁰ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 31.

Referida realidade estimulou o empresariado a criar meios de controle interno de condutas desviantes, a fim de evitar sanções para empresa como pessoa jurídica, bem como penalidades em face das pessoas físicas dos sócios, dirigentes e responsáveis⁷¹.

A respeito dos grandes escândalos de corrupção, repercutidos com mais intensidade a partir dos anos 80 (oitenta), estes representaram novos paradigmas no combate à corrupção. A população, envolta num contexto de fim da ditadura militar e processo de redemocratização passou expor maior interesse acerca desta problemática⁷².

No que tange a crise econômica, destaca-se que, em circunstâncias econômicas adversas, intensifica-se a persecução empreendida pelos órgãos públicos na busca pela responsabilização daqueles que porventura empreenderam condutas que ensejaram não somente prejuízos concretos, mas também criaram riscos ao sistema econômico e financeiro⁷³.

Outro marco no crescimento do *compliance* no Brasil foi a criação da Controladoria Geral da União (CGU), que, em muito contribuiu ao fortalecimento do combate à corrupção e estímulo à formação de um mercado íntegro a partir do agir *compliance*⁷⁴.

A CGU (Controladoria Geral da União) tem por escopo a fiscalização e auditoria, por meio de uma Corregedoria-Geral, das condutas dos servidores públicos federais, a partir da promoção da transparência pública e da ética no combate à corrupção, funcionando como um departamento de *compliance* no interior do Governo Federal⁷⁵.

⁷¹ SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance* e o erro no Direito penal. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

⁷² GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 17.

⁷³ SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance* e o erro no Direito penal. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

⁷⁴ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 30.

⁷⁵ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 41.

Ademais, é de responsabilidade da CGU a fiscalização na implementação de acordos internacionais contra à corrupção que o Brasil é signatário, tais como, Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)⁷⁶.

No que tange as legislações que abarquem o *compliance* no Brasil, mister o destaque de alguns diplomas normativos, tais como a Lei Anti-corrupção, de n.º 12.846/2013, Lei n.º 9.613/98 com nova redação dada pela Lei n.º 12.683/2012. Outras normas tratam do tema de maneira indiretamente, motivo pelo qual não serão aprofundadas no presente trabalho, entretanto, é importante citar a Lei n.º 8.429/92, que dispõe sobre improbidade administrativa, a Lei n.º 10.467/2002, que legisla acerca da corrupção transnacional, a Lei 8.137/90 sobre evasão fiscal, entre outras. Destaca-se também, a Lei n.º 12.527/2011 – Lei da Transparência Pública⁷⁷.

Inicialmente, em 2012, frisa-se a entrada em vigor da Lei n.º 12.683/2012⁷⁸, que modificou a redação da Lei n.º 9.613/98, estabelecendo, no art. 10, III e IV, bem como no art. 11, II e III, a obrigação das instituições financeiras de comunicar as autoridades acerca de volumes de operações e dados de cadastro. Com fulcro no art. 12 do mesmo diploma legal, o descumprimento do preceituado no art. 10 e 11, enseja penalidades à pessoa jurídica e seus diretores⁷⁹.

Nota-se que os deveres contidos nos artigos 10 e 11, reforçam o estabelecimento de medidas internas, constituindo na prática, não obstante ausência do termo no texto legal, verdadeiros deveres *compliance*⁸⁰.

⁷⁶ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 35.

⁷⁷ Ibidem, p. 45.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 12.683/2012**, de 9 de julho de 2012. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁷⁹ SCANDELARI, Gustavo. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 190.

⁸⁰ CABRERA, Michelle. *Compliance* e imputação objetiva: criação de risco proibitivo. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

Já a conhecida Lei Anti-Corrupção, de n.º 12.846/2013⁸¹, legisla acerca da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas na hipótese de realização de condutas contra à administração pública, nacional e estrangeira. Ressalta-se que a origem desta remonta a assinatura, por parte do Brasil, da Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contra à corrupção internacional⁸².

O ponto crucial que relaciona esta lei com o *compliance* é visualizado no art. 7, VII da legislação em questão. Citado artigo prevê a possibilidade de minoração da sanção caso a pessoa jurídica possua efetivo programa de *compliance*, baseado em mecanismos e procedimentos de integridade, existência de um canal de denúncia e códigos de ética, por exemplo. Neste contexto, as penalidades administrativas, tal como multas, podem ser diminuídas em até 2/3, bem como as demais sanções até mesmo extintas⁸³.

Cita-se que as multas podem compreender 0,1% a 20% do faturamento bruto no exercício anterior ao delito, acentuando ainda mais a importância do *compliance*. Desta forma, resta evidenciada a importância e valorização dada pelo poder público ao agir tendo por base os ideais de legalidade e integridade⁸⁴.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**, de 1 de agosto de 2013. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁸² GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 28.

⁸³ Ibidem, p. 29.

⁸⁴ DAVID, Décio Franco. *Compliance* e corrupção privada. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 228.

3 O SETOR DA SAÚDE E A CORRUPÇÃO ENDÊMICA

3.1 CENÁRIO ATUAL

Como já dito, assim como o mercado financeiro, outro setor econômico que enfrenta regulamentações em enorme grau de intensidade é o da saúde.

Isto, pois, nesta indústria, mais do que qualquer outra área, o que se está em jogo são vidas humanas. Assim, desde muito tempo, diversos são os regramentos estabelecidos para que as atividades ligadas à saúde apresentem o maior nível de qualidade possível⁸⁵.

Ocorre que, ainda em 1950, o criminólogo Edwin V. Sutherland⁸⁶ já expunha a problemática envolvendo trocas corruptas no ramo da saúde, em seu célebre livro "Crimes de Colarinho Branco":

Na profissão médica, utilizada aqui como exemplo porque provavelmente é menos criminosa do que outras profissões, verifica-se a venda ilegal de álcool e narcóticos, abortos, serviços ilegais para criminosos no submundo, receitas fraudulentas e atestados de acidente, casos extremos de tratamentos e operações cirúrgicas desnecessárias, falsos especialistas, carteis e negociata de comissão. A negociata de comissão, por exemplo, viola uma lei específica em muitos estados e é uma quebra das condições de admissão na profissão em todos os estados. Um médico faz negociata de comissão quando envia seus pacientes a um cirurgião por este lhe dar uma comissão maior, ao invés de enviar a um cirurgião que faria o melhor serviço. O relatório indica que 2/3 dos cirurgiões de Nova York fazem negociata de comissão e que mais dos médicos que responderam a um questionário em certo estado do centro-oeste também fazia negociata de comissão.

Neste sentido, destaca-se que o setor da saúde é um dos setores que mais sofreu sanções com base no FCPA, desde a promulgação deste. Tal circunstância, justifica-se a partir da compreensão de que os médicos possuem altíssima influência, para não se dizer total influência, nas vendas de uma empresa da área da saúde⁸⁷.

⁸⁵ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 31.

⁸⁶ SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 36.

⁸⁷ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 32.

Assim, evidente o surgimento de um grande poder de barganha de vantagens indevidas. Explico. Os remédios e materiais usados por um médico resultam de um juízo de conveniência e oportunidade destes.

Conveniência, pois, tendo em vista o caso concreto, o material ou remédio “x” pode ser mais eficaz que o “y”. Oportunidade, visto que, nem sempre o material ou remédio mais eficiente estará disponível, ou mesmo pode ser muito caro, de maneira a não valer a pena sua utilização, a partir de uma análise de custo e benefício. Acrescente-se o fato de tratamento, remédios e materiais, em muitos casos, necessitarem de prescrição médica.

De maneira clara, emerge uma situação propícia à concretização de condutas corruptas. Isto, pois, tendo em vista a grande variedade de produtos no mercado, bem como a concorrência extrema das empresas ligadas à saúde, acrescido do alto poder de discricionariedade de um médico no momento de prescrever algum procedimento, afirma-se que o relacionamento entre médicos e empresários do ramo tende a ser sempre de alto risco⁸⁸.

Assim, tem-se a possibilidade de que, havendo muitos produtos similares no mercado, juntamente com a discricionariedade médica, ocorra prescrições desnecessárias ou exageradas, como bem pondera Alessandra Gonsales⁸⁹, *in verbis*:

Na maioria dos casos, as violações se situam no espectro de questões regulatórias envolvendo profissionais de saúde: oferta de brindes e entretenimento, comissões por prescrições – que acaba acarretando em prescrições desnecessárias, como acontece no caso das próteses – desvios de finalidade da participação em congressos médicos e outras infrações que podem parecer menores, mas são recorrentes, como a venda de medicamentos baseada em comunicação *off-label* (quando promovidos benefícios do medicamento sem a devida aprovação do regulador local).

As empresas da área médica, por sua vez, num contexto de alta regulamentação do mercado e intensa concorrência, utilizam-se, por vezes, do pagamento de

⁸⁸ SEGATTO, Cristiane. Quanto o seu médico recebe da indústria?. **Revista Época**, São Paulo, 22 maio 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2017/05/quanto-o-seu-medico-recebe-da-industria.html>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁸⁹ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 32.

comissões, viagens, e presentes para que médicos comprem ou prescrevam produtos vendidos por aquelas.

Importa frisar que os preços de procedimento médicos podem chegar facilmente aos milhares de reais, ensejando, ainda mais, a existência trocas corruptas, como preceitua Alessandra Gonsales⁹⁰:

São tratamento e procedimentos caros, que podem chegar às dezenas de milhares de reais. Por isso, o relacionamento entre o mercado e os profissionais de saúde é sempre de alto risco e obriga as empresas do setor a serem muito mais previdentes. Agências reguladoras do mundo inteiro ficam de olho nas atitudes de ambos para evitar que o sistema seja lesado por pessoas interessadas mais nos negócios do que na saúde das pessoas e, ainda por cima, desbalancear a livre competição mundo afora. Este é um setor cuja conta, na maioria das vezes, é paga por um terceiro, seja um plano de saúde ou, principalmente, pelos governos.

Ademais, como exposto acima, é de grande importância a observação de que, no Brasil, a “conta” da saúde é paga, na maioria das vezes, pelo Estado ou por um plano de saúde. Assim, tem-se que o preço das negociatas é, em regra, paga por uma coletividade.

A coletividade paga através dos impostos devidos ao Estado, que por sua vez arca com custo de procedimentos e prescrições desnecessárias no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)⁹¹.

Já os segurados por planos de saúde pagam, indiretamente, o preço das negociatas empreendidas entre empresários e médicos, na medida em que os custos desnecessários causados pelas trocas corruptas, são transferidos aos usuários por meio do aumento de tarifas⁹².

Não obstante aos malefícios econômicos ocasionados pela corrupção na área médica, a principal consequência encontra-se no perigo em que pacientes são

⁹⁰ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 32.

⁹¹ VILARDAGA, Vicente. Desperdícios e corrupção prejudicam hospitais brasileiros. **Revista Época**, São Paulo, 04 nov. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/desperdicios-e-corrupcao-prejudicam-hospitais-brasileiros/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁹² SUSPEITA de corrupção na saúde. **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 10 ago. 2015. Disponível em: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/brasil/2017/08/10/interna_brasil,173409/suspeita-de-corrupcao-na-saude.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2018.

expostos ao serem submetidos a procedimentos desnecessários. De maneira óbvia, remédios e cirurgias não recomendáveis podem levar os usuários dos serviços médicos à morte⁹³.

Os afetados pelas condutas desviantes podem ser separados em 3 (três) grupos. O primeiro grupo inclui os usuários ludibriados pelos agentes corruptos, como pacientes de operações desnecessárias e usuários de remédios prescritos somente para obtenção de comissão paga por empresários aos médicos.

Já o segundo grupo de afetados engloba demais empresários e médicos que ajam sem violar preceitos legais e de integridade e são prejudicados na medida em que ficam em uma posição de desvantagem frente aos concorrentes corruptos.

O terceiro grupo, por sua vez, remonta àqueles que, como já visto, pagam a “conta”, como o Estado e os planos de saúde.

A respeito do primeiro grupo, é importante demonstrar que a percepção das consequências nefastas ensejadas pela prostituição entre a classe médica e o empresariado é de difícil verificação. Isto, pois, em muitos casos, somente um profissional da mesma área da medicina é capaz de saber se a prescrição de um remédio foi correta ou não, ou se um procedimento cirúrgico era de fato necessário ou não recomendável⁹⁴.

Desta maneira, a dificuldade na comprovação da existência de ilícito, a partir da complexidade dos processos que envolvem a medicina, estimulam, de certa maneira, a prática corrupta na estudada área. Ademais, os próprios consumidores, em razão da carência de informações, mesmo após passados anos, não têm conhecimento dos riscos aos quais estiveram expostos⁹⁵.

⁹³ LAMA Cirúrgica: nove médicos e empresários viram réus na Justiça. **Gazeta Online**, Vitória, 5 maio 2018. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2018/05/lama-cirurgica-nove-medicos-e-empresarios-viram-reus-na-justica-1014130018.html>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁹⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 103.

⁹⁵ SCHILLING, Flavia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável?. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 24.

Outrossim, as vítimas que porventura enfrentem consequências diretas das trocas corruptas realizadas, mesmo estas, não raro encontram-se dispersas e desorganizadas, dificultando, também, o combate à essa realidade tão prejudicial a todos os integrantes da coletividade⁹⁶.

3.2 COMPLIANCE E “COLLECTIVE ACTIONS”

Assim, tendo em vista todo o contexto exposto, e em decorrência deste, a área médica vem empreendendo esforços no desenvolvimento de programas de *compliance*, com especial enfoque na corrupção envolvendo o relacionamento médico-empresário⁹⁷.

Ocorre que, uma visão pragmática do mercado demonstra não ser suficiente ações individuais de empresas vanguardistas no combate à corrupção entre privados (médico-empresário).

Faz-se necessário um agir de acordo com o *compliance* em que todos os protagonistas do mercado se empenhem na luta contra corrupção. Isto, pois, estando todos voltadas para a construção de um mercado íntegro, a concorrência se faz de maneira justa, sem que nenhuma empresa apresente vantagens desleais em razão de trocas obscuras.

Assim, a necessidade de junção de esforços no combate às dificuldades estabelecidas no mercado contribuíram para o surgimento daquilo que ficou conhecido como “*collective action*”⁹⁸.

Deste modo, a partir de um processo de colaboração mútua, em que os integrantes da área da saúde, desde os fornecedores, importadores, distribuidores e demais, estabelecem como paradigma o agir em conformidade, tem-se o benefício da

⁹⁶ SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 341.

⁹⁷ GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016. p. 31.

⁹⁸ GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 400.

criação de um ambiente comercial justo e transparente, mitigando os riscos inerentes à atividade empresarial dentro deste estrato econômico⁹⁹.

Nesse sentido, traz-se à baila o conceito de *collective action*, desenvolvido pela Transparência Internacional, baseado na criação de um pacto de integridade a ser respeitado por todas as empresas signatárias, sob pena de sanções preestabelecidas¹⁰⁰.

As instituições integrantes do pacto seriam de atuação em um mesmo mercado econômico, sendo no caso em tela, a saúde. Explico. No que tange a venda de órteses e próteses, por exemplo, um pacto de integridade baseado na ideia da *collective action*, ensejaria a participação dos fabricantes destes materiais, importadores, distribuidores, hospitais, planos de saúde, associações médicas e outros envolvidos no mercado.

Estes, estariam então obrigados ao estabelecimento interno de programas *compliance*, bem como estariam sob a égide de uma espécie de legislação comum a todos, ou em outras palavras, um código de ética do grupo.

Assim, fecha-se o cerco à corrupção privada, marcada na área na médica, pelas negociatas empreendidas entre os médicos e empresários, a partir da ideia que um distribuidor que oferece propina a um médico para utilização de determinado material, não obstante ao fato da corrupção privada não ser crime, sofreria as sanções preestabelecidas no pacto de integridade. O fabricante do material deixaria de ter como parceiro o fornecedor, o plano de saúde excluiria o médico de seu cadastro e o hospital proibiria o exercício profissional do médico naquele ambiente, por exemplo.

Desta maneira, em um contexto vácuo legislativo no que tange a tipificação da corrupção privada, infere-se que, no caso da saúde, a ideia da *collective actions*, baseadas no agir *compliance* é instrumento capaz de promover um ambiente

⁹⁹ DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227.

¹⁰⁰ GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: Edição do autor, 2014. p. 401.

empresarial-médico ético e íntegro, mitigando as consequências nefastas que a corrupção no ramo da saúde é capaz de ensejar.

Isto, pois, estando todos voltados para a construção de um mercado da saúde baseado em paradigmas fundados na ética, transparência, honestidade e legalidade, a concorrência se faz de maneira justa, sem que nenhuma empresa apresente vantagens desleais em razão de trocas indevidas.

Noutro aspecto, os profissionais médicos, por sua vez, sem a complacência de toda uma cadeia econômica (fornecedores, importadores, representantes, distribuidores, hospitais, planos de saúde, associações médicas) que, em razão da *collective action*, não mais coadunam com circunstâncias *non compliance*, perdem o poder de barganha de comissões, brindes e outros benefícios que antes possuíam e que ocasionavam aos usuários dos serviços riscos desnecessários.

Os usuários dos serviços médicos, por sua vez, se beneficiam a partir da compreensão que estão menos sujeitos aos riscos ocasionados por prescrições e cirurgias não recomendáveis, mas que por força das trocas corruptas se concretizavam, bem como se beneficiam também pela diminuição dos valores dos procedimentos.

Já o Estado se beneficia com menores custos dos procedimentos do SUS, aumento da confiança nas instituições, além do estímulo aos demais ramos da economia a aderirem à ideia do *compliance*¹⁰¹.

¹⁰¹ CORRUPÇÃO na Saúde desviou R\$ 2,3 bilhões em nove anos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/corruptao-na-saude-desviou-r-23-bilhoes-em-nove-anos-caid4fzg8u7veuqcc8om75jym>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, a respeito da corrupção, a análise desta foi exaurida a partir do estudo da evolução histórica, bem como as legislações atinentes, no mundo e no Brasil. Demonstraram-se os problemas que envolvem a questão em debate, bem como as razões para que, em território nacional, a corrupção adquira extensões vistas em poucos lugares do mundo.

Neste sentido, elegeu-se a carência de tipificação da corrupção entre particulares como aspecto primordial para o estabelecimento de um cenário econômico marcado pelas trocas obscuras.

Como instrumento capaz de modificar a realidade exposta, a ideia do *compliance* foi trazida ao debate. Este instituto, a partir do estudo realizado, demonstrou-se capaz de estabelecer no mercado novos paradigmas alicerçados no ideal de integridade, por meio da internalização de condutas pró ética.

Desta maneira, os programas *compliance* “ocupam” o vácuo legal deixado pelo estado, na medida em que este ainda não pune as transações realizadas entre particulares mediante o recebimento de algum tipo de vantagem indevida.

Ato contínuo, em pesquisa sobre o *case* da saúde, restou explicitada a necessidade do empreendimento de medidas no combate às relações de promiscuidade estabelecidas entre os profissionais da área médica e os empresários do ramo.

O alto poder discricionário de um médico ao receitar procedimento ou medicamento; a grande influência que estes possuem nas vendas de uma empresa do ramo, bem como a ferrenha concorrência empreendidas por estas, aliam-se ao fato do ordenamento nacional não tipificar a corrupção entre particulares, de maneira que, a área da saúde torna-se ambiente fértil para realização de trocas entre médicos e empresários envolvendo o recebimento de vantagens indevidas.

Nesta toada, a implantação dos programas de *compliance* no setor em questão torna-se indispensável. Isto, pois quando se fala em saúde, deve-se levar em conta que este é o ramo que lida diretamente com o direito mais valioso do ser humano, a vida.

Desta maneira, não restam dúvidas que o mercado em questão, mais ainda que os demais, deve estar de acordo com, para além das determinações estatais, princípios éticos, morais, de integridade e humanidade.

Assim, demonstrou-se que o *compliance* possibilita desejada realidade. Entretanto, sabe-se que o agir de acordo com a legalidade e integridade por parte de uma só empresa e um só médico não resulta na solução do problema da corrupção no setor.

Desta maneira, tem-se que a problemática da corrupção na saúde encontra uma solução na junção de esforços dos protagonistas deste mercado em torno de uma “*collective action*”. Assim, aquele que agir de maneira *non compliance*, não obstante ausência de sanção estatal, sofrerá as penalidades preestabelecidas em um código de ética comum aos signatários desta espécie de acordo setorial.

Em outras palavras, concretiza-se a auto-regulamentação do setor, de maneira que o Estado e seu poder-dever de polícia são postos em segundo plano, visto a total falência do Poder Público no combate à corrupção entre pessoas privadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.683/2012**, de 9 de julho de 2012. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**, de 1 de agosto de 2013. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CABRERA, Michelle. *Compliance* e imputação objetiva: criação de risco proibitivo. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120-141.

CORRUPÇÃO na Saúde desviou R\$ 2,3 bilhões em nove anos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/corruptao-na-saude-desviou-r-23-bilhoes-em-nove-anos-caid4fzg8u7veuqcc8om75jym>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

COSTA, Helena; ARAÚJO, Marina. *Compliance* e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 106, 2014.

DAVID, Décio Franco. *Compliance* e corrupção privada. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203-234.

DIB, Natália; LIMA, Sergio. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235-261.

EUROPA. Conselho da Europa. **Convenção penal sobre a corrupção**, de 1999. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

FIESP. **Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano**. São Paulo, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: Edição do autor, 2014.

GONSALES, Alessandra. **Compliance**: a nova regra do jogo. São Paulo: Lec Editora, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidade. In: _____; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94.

LAMA Cirúrgica: nove médicos e empresários viram réus na Justiça. **Gazeta Online**, Vitória, 5 maio 2018. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2018/05/lama-cirurgica-nove-medicos-e-empresarios-viram-reus-na-justica-1014130018.html>. Acesso em: 20 maio 2018.

LOPES, Elizabeth; AFFONSO, Julia. Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. **Estadão**, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

OLIVEIRA, Caroline. Combatida no exterior, corrupção privada não é crime no Brasil. **Carta Capital**, São Paulo, 25 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/combatida-no-externo-corrupcao-privada-nao-e-crime-no-brasil>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, de 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2018.

PIMENTEL, Matheus. Por que o Brasil não pune corrupção privada. **Nexo Jornal**, São Paulo, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/14/Por-que-o-Brasil-nao-pune-corrupcao-privada>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 933, p. 151-165, jul. 2013.

SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. *Compliance* e o erro no Direito penal. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95-119.

SCANDELARI, Gustavo. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-200.

SCHILLING, Flavia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?**. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SEGATTO, Cristiane. Quanto o seu médico recebe da indústria?. **Revista Época**, São Paulo, 22 maio 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2017/05/quanto-o-seu-medico-recebe-da-industria.html>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SILVA, Douglas. *Compliance e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (behavior economics) – o caso da publicidade infantil*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-36.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Oficina do CES, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017.

SUSPEITA de corrupção na saúde. **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 10 ago. 2015. Disponível em: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/brasil/2017/08/10/interna_brasil,173409/suspeita-de-corrupcao-na-saude.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco: versão sem cortes**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Ação Comum**, de 22 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998F0742>>. Acesso em: 23 maio 2018.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2010.

VILARDAGA, Vicente. Desperdícios e corrupção prejudicam hospitais brasileiros. **Revista Época**, São Paulo, 04 nov. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/desperdicios-e-corrupcao-prejudicam-hospitais-brasileiros/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.