



OPINIÃO

O *compliance* na saúde na perspectiva do terceiro setor

9 de janeiro de 2021, 10h39

Por Aloísio Zimmer Junior e Ana Paula Mella Vicari

O investimento em mecanismos preventivos é essencial para evitar a responsabilização da pessoa jurídica por ações ou omissões de terceiros. Isso porque a prática de atos lesivos por pessoas físicas que, não sendo da diretoria ou da administração, pratiquem ato em nome ou a serviço da organização produzirá a responsabilização objetiva da pessoa jurídica em cujo interesse ou benefício o ato foi praticado.

Os programas de integridade aparecem, nesse sentido, como importantes aliados no aumento do controle de dirigentes e administradores sobre atos praticados em interesse ou benefício da pessoa jurídica, de modo a mitigar riscos de infringência à Lei nº 12.846/2013 e de atração de suas sanções.



A Lei Anticorrupção, ao dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, trouxe como um dos elementos balizadores do cálculo da pena " (...) *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*" (artigo 7º, VIII). Tamanha é a importância da implantação de programas de *compliance* no âmbito da pessoa jurídica que o seu comprometimento efetivo com a prevenção de atos lesivos à Administração Pública, refletido em ações, poderá não só abrandar as sanções de natureza administrativa,

como afastá-las — é uma tese também defendida em outros trabalhos produzidos a respeito do tema.

Além disso, nas ações de improbidade ou criminais, a existência de programas efetivos pode criar dificuldades para a comprovação do elemento subjetivo da conduta — dolo e/ou culpa grave — dos dirigentes da organização. Contudo, inafastáveis serão os deveres de natureza civil, decorrentes da comprovação do ato ilícito.

Os programas de integridade buscam implementar uma governança que envolva a coordenação de atores e a utilização de instrumentos que perpassem diversas áreas de uma entidade, tais como: comissão de ética, auditoria interna, gestão de riscos, recursos humanos, corregedoria, jurídico, contabilidade, controles internos, gestão de documentos, entre outras. A lógica, portanto, é a de repartição dos riscos e de responsabilidades no combate à corrupção a todos os agentes da cadeia produtiva — públicos e privados —, retirando de órgãos públicos de controle a exclusividade dessa atribuição.

Tais programas não têm, por certo, o condão de eliminar atos ilícitos, mas, sim, de mitigar riscos quanto à prática de ações da espécie. Isso porque, por meio deles, criam-se dentro das pessoas jurídicas ferramentas para identificação célere da iminência ou ocorrência de ilícitos, facilitando a resolução dos problemas daí derivados.

No campo da saúde, em especial para as entidades com atuação destacada no terceiro setor, a implantação de programas de integridade tem sido uma regra, especialmente em razão do rigor e da imprevisibilidade que decorre da atuação dos órgãos de controle, assim como do dilema do subfinanciamento das políticas de saúde, do envelhecimento da população e, com ele, do alastramento da demanda por atendimento médico.

O terceiro setor convive com dificuldades consideráveis no que se refere às fontes de custeio, à distribuição dos recursos disponíveis (humanos e orçamentários) e à própria dinâmica do funcionamento de suas estruturas, o que acaba impactando em uma percepção geral da necessidade de melhoria dos instrumentos de assistência à saúde e à vida.

Longe de se questionar a imperatividade do direito à saúde e à vida, a questão quanto à judicialização da saúde é profunda, pois requer reflexão sobre as desigualdades concretas existentes na sociedade, bem como sobre os recursos de que a Administração Pública dispõe para efetivar a programática de assistência à saúde. Por mais que se reconheça a esfera individual do direito à saúde, há inegavelmente esfera coletiva também de manifesta importância nesses litígios, pelo simples fato de que o orçamento disponível à discricionariedade do administrador na gestão da saúde é limitado, e o seu gasto, portanto, afeta a coletividade usuária do SUS.

Destarte, o norte majoritário extraído de toda a problemática exposta é a estruturação de mecanismos de eficiência no gasto público, ou seja, o desafio é aprimorar a forma pela qual as verbas públicas são investidas no serviço de saúde — e para isso, sem dúvida, é preciso aprimorar os controles.

Dentro da discussão aqui promovida, as práticas de corrupção ganham contornos graves, para além do aspecto moral negativo dessas condutas. Conforme aponta Susan Rose-Ackerman, existe impacto econômico significativo decorrente do problema: a corrupção endêmica enquanto fenômeno incorporado ao cotidiano de um Estado indica uma falha generalizada em aproveitar os interesses próprios para fins produtivos [1]. Como regra, a corrupção está associada à diminuição dos níveis de investimento e crescimento, já que provoca redução na efetividade das políticas industriais e encoraja as empresas a operarem de forma não oficial, por meio da violação de leis tributárias e regulatórias. Cria-se um ambiente negativo, ineficiente, em desarmonia com o sistema legal, seja no espaço público ou privado, o que tende a produzir níveis intoleráveis de insegurança jurídica, política e econômica, quer na dimensão nacional ou local.

Por isso, para além da formulação de sistema de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas nelas envolvidas, necessita-se de modificações dentro do cotidiano da atividade empresarial. Nessa lógica, cobra-se o mesmo das organizações prestadoras de serviços de saúde. O combate à corrupção, por fim, significa também a supressão de hábitos de ineficiência da gestão dos recursos disponíveis à execução da respectiva atividade, seja no mundo comercial ou no mundo dos serviços de saúde.

Aposta-se, logo, no efeito preventivo que a legislação anticorrupção possa gerar na atividade das pessoas jurídicas. Uma das ferramentas importantes nesse sentido é a

adoção do *compliance* privado ou programa de integridade, com previsão no artigo 7º, inciso VIII da Lei nº 12.846/2013, que tem por objetivo garantir uma estrutura responsável para o cumprimento das exigências e obrigações elencadas nos códigos de ética e códigos de conduta.

Existem ainda outros normativos importantes, tais como: a adoção de medidas contrárias à política de imposição de lista de preços de itens médicos [2] e a promoção de questionário de auto avaliação anual do programa de integridade [3].

É preciso destacar que as obrigações de *compliance* são dinâmicas, estão em constante adaptação e pressupõem atualizações periódicas. Algumas das exigências expostas servem como exemplificação de como conduzir a atividade da organização de saúde segundo parâmetros éticos; porém, de forma alguma os compromissos se esgotam nos apontamentos referidos.

A propósito, a adequação da organização às obrigações de *compliance* por meio do programa de integridade não é a única ferramenta que se considera necessária para a promoção de eficiência. Faz-se imprescindível a adoção de uma série de reformas aos moldes das mais modernas práticas de governança corporativa. Essa é uma reflexão relacionada, sobretudo, às instituições de médio e de grande porte do setor privado, no momento em que o dono do capital (o proprietário) perde progressivamente o controle sobre a gestão de fato da atividade empresarial [4].

Na medida em que a pessoa jurídica ganha porte dentro da atividade para a qual se destina, a figura do "dono-gestor" perde a capacidade de exercer tal função, passando inequivocamente a delegar funções administrativas e conviver com assimetrias de informação. Justamente nessa etapa de desenvolvimento da empresa que os mecanismos de governança corporativa se mostram primordiais, para que o dono do capital (o investidor) tenha a capacidade de transformar os seus objetivos em ações práticas na gestão da atividade [5]. A propósito, essa linha de discurso, em grande medida, também é compatível com a realidade das entidades que atuam no terceiro setor.

O setor da prestação de serviços de saúde passa por necessária reflexão quanto à necessidade de aprimoramento da eficiência no gasto dos recursos disponíveis e, independentemente da opção eleita pelo administrador, frisa-se que a organização de saúde terá que enfrentar os temas do programa de integridade e da governança

corporativa em suas atividades. Não basta a utilização da dinâmica das entidades privadas sem que estas façam proveito das ferramentas que lhe estão disponíveis para promover eficiência.

Assimilar a metodologia da governança corporativa no ambiente da saúde significa reduzir os riscos reputacionais de uma determinada entidade, garantindo-lhe assim, em tese, maior longevidade. A responsabilidade pelo impacto das decisões dos administradores está cada vez mais valorizada e tende a ser inclusive um ponto de observação por parte dos controladores.

Não se pode esquecer que o setor da saúde é caracterizado pela relação cotidiana entre médicos, indústria farmacêutica e fornecedores de produtos, serviços e tecnologia. E, inegavelmente, essa proximidade determina um conjunto importante de riscos específicos do setor. O programa de integridade, nesse aspecto, também se apresenta como instrumento da gestão para proteger a instituição desses riscos. Por isso mesmo, esse mapeamento, que deve ser renovado constantemente, precisa ocorrer já no início do processo de implantação do programa de integridade. A preservação de uma ação administrativa, pública ou privada, em conformidade com regras externas e internas, exige monitoramento contínuo.

Prevenir (pelo canal de denúncias e cursos de sensibilização e engajamento), detectar (pelo papel das auditorias) e corrigir (pelo exercício do poder sancionador) são os verbos conjugados na rotina de implantação e operação de um programa de integridade efetivo.

O programa de *compliance* existe para que a organização, pública ou privada, tenha um sistema de controle que realmente a coloque em sintonia, em linha de conformidade, com regras externas e internas que incidem sobre o setor saúde. E, mais especificamente, o *compliance* anticorrupção, ou programa de integridade, serve justamente para prevenir, detectar e corrigir eventuais ações ou omissões, no âmbito da organização, que revelem uma situação de inconformidade com as regras vigentes. Trata-se, no final das contas, de um esforço concentrado e permanente de incorporar ao sistema uma cultura de integridade que qualifique a prestação dessa política pública.

[1] ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. Corruption and government: causes, consequences and reform. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 7.

[2] Instrução Normativa n. 12, disponível em <https://eticasaude.org.br/files/IN/INSTRUCAO_NORMATIVA_12.pdf>. Acesso em dez 2020.

[3] Instrução Normativa n. 14, disponível em <https://eticasaude.org.br/files/IN/INSTRUCAO_NORMATIVA_14.pdf>. Acesso em dez 2020.

[4] FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Compreendendo a Governança Corporativa e a Governança das Organizações. (in) (coord.) Luiz de Luca. IBGC – Instituto Brasileiro de Governança. Governança Corporativa em Saúde – conceitos, estruturas e modelos. São Paulo: Saint Paul, 2014, p. 86.

[5] A análise sob a perspectiva da evolução de um empreendimento permite evidenciar o momento crítico na governança, quando o capital (propriedade do negócio) se distingue da gestão. Aos donos cabem os direitos inerentes à propriedade, entre os quais, definir sua finalidade e objetivos; aos gestores compete atuar para alcançar esses objetivos (eficácia) com máxima eficiência (FONTES FILHO, op. cit., p. 87).

Aloísio Zimmer Junior é advogado, doutor em Direito, árbitro na CAF/Federasul, autor de livros na área do Direito Público e sócio-fundador do escritório Aloísio Zimmer Advogados Associados, com sede em Porto Alegre/RS.

Ana Paula Mella Vicari é advogada, mestre em Direito, MBA Gestão e *Business Law*, e sócia no escritório Aloísio Zimmer Advogados Associados, com sede em Porto Alegre/RS.

Revista **Consultor Jurídico**, 9 de janeiro de 2021, 10h39