

## REFLEXÕES SOBRE A ARQUITETURA JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA: AFINAL, SÃO REALMENTE NECESSÁRIOS?

*Reflections about the legal architecture of public integrity programs: So, are they really necessary?*

Submetido(submitted): 29/05/2019

Parecer(revised): 20/06/2019

Aceito(accepted): 01/09/2019

Camila Bindilatti Carli de Mesquita \*

### Abstract

**Purpose** – Due to the recent mandatory implementation of public integrity programs by the Brazilian Public Administration, this article intends to present a critical approach to some aspects that can contribute to the legal architecture of the public integrity programs, within a justifying perspective. It brings a possible dialogue of public integrity programs with “the normative regulation of strategic interactions” (HABERMAS, 2012), “nudges” (ALEMANNO; SPINA, 2014) and “multi-level governance” (HOOGHE; MARKS, 2003).

**Methodology/approach/design** – The discussion is conducted through a descriptive legal appreciation of some theories and their possible contributions to the legal architecture of public integrity programs.

**Findings** – As a result, the article concludes that the interaction of public integrity programs with the “normative regulation of strategic interactions” (HABERMAS, 2012), “nudges” (ALEMANNO; SPINA, 2014) and “multi-level governance” (HOOGHE; MARKS, 2003) can contribute not only to the legal justification and effectiveness of the programs but also to the democratic management of public policies.

**Originality/value** – The text seeks to identify some innovative instruments that justify the effectiveness and, possibly, the legitimacy of public integrity programs, significantly expanding its field of activity.

**Keywords:** Public compliance. Regulation. Enforcement. Nudges. Multi-level governance.

### Resumo

**Propósito** – Diante da recente obrigatoriedade de implementação dos programas de integridade pública pela Administração Pública Brasileira, o presente artigo pretende apresentar uma abordagem crítica de alguns aspectos que podem contribuir para a

---

\* Procuradora do Distrito Federal, membro do grupo de trabalho instituído para propor o programa de integridade da PGDF, graduada pela PUC-Campinas e pós-graduada em Direito Público pela ESMP/SP, membro da Comissão de Advocacia Pública da OAB/DF 2015-2018, foi Juíza de Direito do Estado da Bahia e Advogada Pública da Petrobras BR Distribuidora S.A. E-mail: cbcarli@gmail.com.

arquitetura jurídica dos programas de integridade pública, dentro de uma perspectiva justificadora. Traz um possível diálogo do *compliance* público com a *regulamentação normativa de interações estratégicas* (HABERMAS, 2012), *nudges* (ALEMANNO; SPINA, 2014) e com o *multi-level governance* (HOOGHE; MARKS, 2003).

**Metodologia/abordagem/design** – A discussão é realizada através de uma apreciação jurídica descritiva de algumas teorias e das suas possíveis contribuições para a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública.

**Resultados** – Como resultado, o artigo conclui que a interação do *compliance* público com a regulamentação normativa de interações estratégicas (HABERMAS, 2012), *nudges* (ALEMANNO; SPINA, 2014) e com o *multi-level governance* (HOOGHE; MARKS, 2003) pode contribuir não somente para a justificação jurídica e efetividade dos programas, como também para a gestão democrática das políticas públicas.

**Originalidade/relevância do texto** – Busca identificar alguns instrumentos inovadores que justifiquem a efetividade e, possivelmente, a legitimidade do *compliance* público, ampliando significativamente o seu campo de atuação.

**Palavras-chave:** *Compliance* público. Regulação. *Enforcement*. *Nudges*. *Multi-level governance*.

## UMA ANÁLISE AMPLIATIVA DA ESFERA DE ATUAÇÃO DO COMPLIANCE PÚBLICO E O DESIGN DEMOCRÁTICO JUSTIFICATIVO DOS PROGRAMAS: A PROPOSTA

Os programas de integridade pública passaram a ser uma inovação social e normativa que se tornou obrigatória para a Administração Pública Federal Brasileira a partir da edição Portaria de 1.089 de 30 de abril de 2018 de autoria do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União. Seguindo as mesmas diretrizes, sobretudo principiológicas, outros entes da federação começaram a determinar a sua elaboração e implementação com prazos pré-definidos.

Sob a orientação da Controladoria-Geral da União, em uma atitude pioneira, os programas de integridade pública devem abarcar, no mínimo, diretrizes para gestão de riscos e de informações dentro de uma instituição ou órgão, desenvolver mecanismos para implementação da transparência e de procedimentos padronizados e equânimes de atuação institucional ou corporativa, trazer especialmente recursos de *accountability* bem definidos, estabelecer padrões de ética e conduta a serem seguidos por seus integrantes e por aqueles que com ela ou ele se relacionem.

Aponta, ainda, a necessidade de constante comunicação e treinamento dos envolvidos, de mapeamento de processos dentro da instituição ou órgão e de seus setores especializados, bem como a necessidade de criação de canais de denúncias e medidas de controle e disciplinares, além de ações de remediação,

construindo pilares estratégicos para um efetivo planejamento funcional e direcional da instituição ou órgão.<sup>1</sup>

Longe de ser uma missão simples, busca, na sua essência, dar conteúdo material ao que se chama de integridade pública.

Segundo a OCDE<sup>2</sup>, integridade pública é o *alinhamento consistente e a aderência a valores éticos compartilhados pela sociedade – princípios e normas para garantia e priorização dos interesses públicos diante dos interesses privados no setor público*. Materializa-se, portanto, não somente em medidas instrumentais de governança pública, mas na incorporação de princípios, regras e diretrizes políticas em uma nova dimensão valorativa (LOPES, 2018, p.258).

A arquitetura dos programas de integridade pública, sobretudo a jurídica, deve ser pensada e discutida coletivamente. Não somente a forma como essa nova realidade pode ser introjetada dentro das instituições públicas brasileiras, mas também o que os programas passarão a representar para o setor público em termos de efetividade e legitimidade dos seus atos são, sem dúvida, questões de alta relevância para o regime democrático brasileiro.

Para que se tenha uma ideia de em qual terreno os programas de integridade vêm pousando, observando o contexto político-econômico brasileiro, já há trabalhos que apontam para um ambiente de estruturação de mercados baseado essencialmente em *laços*. *Laços* seriam relações sociais valiosas entre alguns atores da sociedade para fins econômicos e políticos significativamente relevantes, que estariam marcadas por um direcionamento de capital de forma concentrada, linear e destinada a poucos agentes econômicos. Lazzarini (2010) propõe a ideia de um *capitalismo de laços* no Brasil e a necessidade do enfrentamento dessa realidade em seus vários aspectos, sobretudo políticos e econômicos.

Reconhece-se, por sua vez, não somente uma concentração de capital que proporciona profundas alterações na configuração dos mercados e da sociedade, demandando um redesenho regulatório consubstanciado nessa realidade (STIGLITZ, 2013), como também a existência de um estreitamento entre empresário, governo e capital financeiro, implicando em um aumento da centralidade do governo nas relações de mercado, a despeito da bandeira neoliberalista ser pela não intervenção (LAZZARINI, 2010).

Há, sem sombra de dúvidas, uma aproximação do setor público e privado que não necessariamente tem proporcionado a maximização isonômica de

---

<sup>1</sup>CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público. Disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf). Acesso em: 26.04.2019.

<sup>2</sup>OECD Recommendation of The Council of Public Integrity. <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-Public-Integrity.pdf>.

utilidades, bem como políticas públicas distributivas. No Brasil, vem se tornando cada vez mais evidente o domínio do mercado por grandes agentes econômicos, além da concentração de capital nas mãos de poucos, sobretudo o financeiro e o intelectual (DOWBOR, 2017).

Cenários como esse entre outros de equivalente complexidade têm trazido à tona a busca por perfis empreendedores, gerenciais e estratégicos de Estado e de suas instituições públicas, lançando bandeiras consubstanciadas em um Estado inovador e regulador que esteja preparado não somente para assumir riscos, como também para absorver e lidar com incertezas (MAZZUCATO, 2014).

Os programas de integridade pública apresentam-se como um novo instrumento público de atuação institucional setorial que, considerando as suas várias vertentes gerenciais, de certo trará custos diretos e indiretos à Administração Pública, mas que têm sido considerados absorvíveis em função de uma inovadora perspectiva regulatória de reestruturação institucional, inclusive normativa, que tem se estabelecido no cenário político-jurídico brasileiro.

Bem ou mal trata-se de uma nova realidade que se impõe e possui como bandeira o resguardo da integridade pública através da legitimação por procedimentos<sup>3</sup> definidos ou a se definir:

No caso das normas e decisões administrativas, o assunto tem maior complexidade, mas não se discute que a Administração tem que se pautar por princípios, direitos e pelos limites legais (regras). O problema é que em temas como regulação abre-se ao administrador uma esfera de apreciação que diz respeito à definição de fins coletivos e, portanto, de diretrizes políticas. Em suma, na Administração, as decisões dizem respeito tanto a princípios, direitos, limites legais (regras) e diretrizes políticas. É nessa confluência que reside o problema da justificação, legitimação e controle dos atos administrativos, especialmente os de regulação. (LOPES, 2018, p.258).

O presente artigo pretende apontar algumas reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública e a sua legitimidade, buscando apresentar alguns apontamentos críticos que levem a uma reflexão sobre em que medida os programas de integridade pública seriam realmente necessários ao setor público.

---

<sup>3</sup>HABERMAS. Jürgen. Direito e Democracia. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UFG. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol II, pág.171. *Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito.*

A discussão será realizada através de uma apreciação jurídica descritiva de algumas teorias e das suas possíveis contribuições para a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública.

Para tanto, dividirá a análise em três capítulos, sendo o primeiro referente à justificação dos programas de integridade pública sobre o novo enfoque de *enforcement*, construído a partir do conceito de “entendimento” de Habermas (2012). O segundo capítulo diz respeito ao *nudge* enquanto instrumento regulatório de arquitetura de escolhas e a sua comunicação com os programas de integridade pública. E o terceiro fará uma apresentação do conceito de *multi-level governance* na tentativa de trazer para a análise uma possível realidade em prol da maior efetividade dos programas de integridade pública.

A conclusão a que se chega é a de que o diálogo do *compliance* público com a regulamentação normativa de interações estratégicas (HABERMAS, 2012), *nudges* (ALEMANNO; SPINA, 2014) e com o *multi-level governance* (HOOGHE; MARKS, 2003) pode contribuir não somente para a justificação jurídica e efetividade dos programas, como também para a gestão democrática das políticas públicas.

Por fim, é importante destacar que, embora haja relevante discussão doutrinária e conceitual acerca dos conceitos de “programas de integridade pública” e “*compliance* público”, se seriam sinônimos ou se um contém o outro e em qual proporção ou medida, para fins desse artigo, serão usados como sinônimos<sup>4</sup>.

## UM ENQUADRAMENTO JUSTIFICATIVO EM HABERMAS (2012) DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA: EFETIVIDADE E ENFORCEMENT

### A regulamentação normativa de interações estratégicas de Habermas (2012): um possível enquadramento justificativo e legitimador do “*compliance*” público

O fenômeno dos programas de integridade pública pode ser apresentado sob várias perspectivas, pois não há uma forma única de se pensar a sua função e efetividade nas sociedades contemporâneas, tampouco há estudos científicos conclusivos a seu respeito na esfera jurídica e em outros campos do conhecimento.

---

<sup>4</sup>BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

A despeito dessa constatação, merece especial atenção a declaração de Jürgen Habermas em *Direito e Democracia* (2012) ao dar destaque ao fato de que:

Se a administração pública passa a exercer de forma relevante a justificação e aplicação de normas, desenvolvendo programas próprios, substituindo o legislador, ela já não tem mais o papel neutro que se lhe acostumava atribuir o esquema clássico de separação de poderes. Sua atuação não é objetiva. As questões práticas que ela é chamada a decidir diariamente não podem ser tratadas com base exclusivamente em critérios de eficiência (HABERMAS, 2012, vol. II, p. 190).

E ao tratar da realidade da existência de mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, o autor, na tentativa de justificar a sua teoria do agir comunicativo (HABERMAS, 2012, p. 46), apresenta o conceito e a dimensão do que nomeia de regulamentação normativa de interações estratégicas. E para chegar ao seu conteúdo, dispõe que:

Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios autores se “entendem” (HABERMAS, 2012, p.46).

E continua a explicar que:

Para os atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente (HABERMAS, 2012, p.46).

Aponta a necessidade de gestão das contradições existentes em perfis voltados à categoria do sucesso ou a do entendimento na construção intersubjetiva do que chama de regulamentação normativa de interações estratégicas:

Tais regras representam, de um lado, delimitações factuais que modificam de tal forma o leque de dados, que o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente, sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada; de outro lado, elas precisam desenvolver, ao mesmo tempo, uma força social integradora, na medida em que elas impõem obrigações aos destinatários, o que só é possível, segundo nosso pressuposto, na base das pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente” (HABERMAS, 2012, p.47).

(...) Nesta linha, a coerção fática e a validade legítima deveriam assegurar ao tipo procurado de normas a disposição em segui-las (HABERMAS, 2012, p. 46-47).

Situar, portanto, os programas de integridade pública dentro dessa lógica habermasiana e tomar como instrumento a regulamentação normativa de interações estratégicas e a gestão comunicativa de contradições existentes entre categorias de interesses políticos e jurídicos não colidentes, parece nos permitir reconhecer, ao menos com relação à sua perspectiva normativa, que os programas possuem efetividade a partir da comunicação e do entendimento institucionais.

Tanto o é que a própria Controladoria-Geral da União destaca em seus manuais como eixos fundamentais da sua elaboração, implementação e gestão não só o comprometimento e apoio da alta direção, como também a análise de riscos e o monitoramento contínuo<sup>5</sup>.

Veja que, através do seu processo dinâmico de agir comunicativo, Habermas (2012) nos apresenta o conceito de *enforcement*, ao afirmar que através da adaptação comportamental pautada por uma regulamentação de natureza intersubjetiva e buscando uma função social integradora, surgiriam normas e a disposição para segui-las, revelando-nos, inclusive, a essência da efetividade das normas que exurgem da sua constatação interativa.

Com a visão voltada aos programas de integridade pública, a tentativa de seguir a proposta habermasiana da regulamentação normativa de interações estratégicas na sua elaboração, implementação e dinâmica construtiva parece, em primeiro momento, não somente ser um ponto justificativo para a efetividade do *compliance* público, como também um elemento agregador da sua própria essência e necessidade, até porque a lógica comunicativa de Habermas (2012) explicaria o afloramento do próprio *enforcement* dos programas de integridade pública.

É uma hipótese que deve ser submetida a teste com toda certeza, mas representa um caminho possível, justificativo e legitimador dos programas de integridade pública, dentro de uma perspectiva democrática que absorve, inclusive, a dialeticidade do seu conteúdo, o que nos parece ser fundamental a esse instrumento.

A categoria do “entendimento” nos termos proposto por Habermas (2012) seria perfeitamente administrável pelos programas de integridade pública, que se justificariam juridicamente, inclusive, a partir dessa premissa.

---

<sup>5</sup>CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf) Acesso em: 26.04.2019

## O “enforcement” dos programas de integridade pública. Lateralidade, persuasão e colaboração

Foi apresentada, anteriormente, uma razão justificativa da efetividade dos programas de integridade pública, o que, em princípio, não excluiria a possibilidade de também entendê-los enquanto instrumentos jurídicos regulatórios.

Veja que Othon de Azevedo Lopes (2018), citando aula de Michel Foucault de 21 de março de 1979 e o livro Nascimento da Biopolítica, ao tratar da distinção entre a forma da lei e a sua função, apresenta o conceito de tecnologia ambiental e *enforcement* (LOPES, 2018, p. 195-200):

Tecnologia ambiental que tem por os aspectos principais:

- a definição em torno do indivíduo de um quadro suficientemente amplo para que ele possa jogar
- a possibilidade, para o indivíduo, de a regulação dos efeitos definir o seu próprio quadro
- a regulação dos efeitos ambientais
- o não-dano
- a não-absorção

A autonomia desses espaços ambientais. (LOPES, 2018, p.196).

Partindo, então, da tecnologia ambiental apresentada, Lopes (2018) afirma através de Foucault (2008) que:

Não há uma individualização uniformizante, identificatória, hierarquizante, mas uma ambivalência aberta às vicissitudes e aos fenômenos transversais. Lateralidade.

(...) Existe, então, a possibilidade de uma mudança de concepção da lei articulada a partir da sua função, que é a favorecer um jogo entre sujeitos racionais maximizadores de utilidade. O elemento principal para isso é o *enforcement*. (LOPES, 2018, p.196).

Dentro dessa lógica, veja que é apresentada a regulação e o *enforcement* como o seu elemento principal. *Enforcement* é entendido como o constrangimento (legal) da conduta do administrado ou regulado para o alcance da sua conformidade com preceitos normativos vigentes através de medidas que vão desde a persuasão até o sancionamento (LOPES, 2018, P. 195-200).

Os programas de integridade pública parecem fazer sim parte dessa tecnologia ambiental, tendo como bandeira a formulação de uma nova arquitetura ao menos normativa e procedimental dentro das instituições:

O *enforcement*, mais especificamente o regulatório, abrange a persecução e o sancionamento, mas também outras técnicas mais flexíveis, como educação, de aconselhamento, de persuasão, de negociação e de arquitetura

de mercado. Tem um duplo objetivo: conduzir os regulados à conformidade legal, compliance, e dosar o exercício da aplicação sancionatória do Estado de acordo com critérios de eficiência (LOPES, 2018, p. 197).

Nota-se, especialmente, a mudança de perspectiva da lei diante da transversalidade e da lateralidade das relações intrassistêmicas e interassistêmicas na moderna sociedade e, nessa linha, arrisca-se a afirmar que os programas de integridade pública podem sim ser entendidos como instrumentos jurídicos regulatórios que encontram, inclusive, a sua efetividade mais na persuasão e na cooperação do que no sistema sancionatório de comando e controle.

Voltando à lógica comunicativa de Habermas (2012), o “entendimento”, a nosso ver, muito mais do que a coerção, apresenta-se como um instrumento democrático legitimador de normas jurídicas, uma vez que busca agir estrategicamente através de uma construção intersubjetiva que permite ao sujeito de direitos e deveres reconhecer-se dentro de um determinado contexto e com ele pactuar voluntariamente, submetendo-se a uma realidade pautada até mesmo por novos valores emanados da própria sociedade.

E é por isso que a regulação impingida através de um programa de integridade pública parece fazer muito mais sentido se adotado um perfil responsivo de gradação das medidas de constrangimento legal (AYRES e BRAITHWAITE, 2007), do que se se fundamentar em normas de conduta que, ao serem descumpridas, implicariam necessariamente em punições preestabelecidas:

Embora assimétrica a relação regulatória, ela se fundamenta numa mútua observação que pode ser conduzida para que enforcement e compliance sejam coordenados de forma a instaurar um jogo de cooperação entre reguladores e regulados, como forma de potencializar a eficiência regulatória. Para isso, a autoridade regulatória pode e deve valer-se de uma gradação de medidas que incentivem o cumprimento voluntário e inibam inobservância, reservando medidas excessivamente gravosas para comportamentos acentuadamente desviantes (LOPES, 2018, p. 200).

A cooperação regulatória nos programas de integridade pública, com certeza, destaca-se como um dos principais instrumentos do seu *enforcement* e, portanto, da sua efetividade.

Nessa linha, trazendo um gama de valores gestados na sociedade moderna, é que Habermas afirma em Direito e Democracia (2012, p. 145) que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. E que é a partir da racionalização do discurso através de procedimentos que se chegaria, segundo o autor, à legitimidade do próprio direito.

Neste capítulo, portanto, foram construídas duas ideias justificadoras da existência e importância dos programas de integridade pública para a

Administração Pública. A primeira refere-se à sua colocação dentro da lógica da regulamentação normativa de interações estratégicas habermasiana; já a segunda, que de certa forma parte da primeira, alicerçou-se no reconhecimento de que o *enforcement* dos programas de integridade pública conteria, sobretudo, um perfil de cooperação e persuasão regulatórios justificadores da adoção de uma nova cultura, ao menos normativa, consubstanciada em valores introjetados por força de um processo de racionalização intersubjetiva institucional da vontade política voltada ao “entendimento”.

Com essas duas ideias, partimos para o próximo capítulo.

## OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA E NUDGES: UMA POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO REGULATÓRIA DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS<sup>6</sup>

### Situando os “nudges” na presente discussão

Diante das duas perspectivas desenvolvidas no capítulo anterior, especialmente no que diz respeito à colaboração e persuasão enquanto instrumentos de *enforcement* e justificação dos programas de integridade pública, seria possível apresentar uma relação entre os *nudges* (instrumentos regulatórios de arquitetura de escolhas) e o *compliance* público.

*Nudges*, segundo Thaler e Sunstein (2009), são estímulos ao comportamento do indivíduo para que realize a escolha certa ou esperada. Nessa perspectiva, têm sido até mesmo considerados como verdadeiros instrumentos regulatórios da arquitetura de escolhas (ALENMANNO; SPINA, 2014).

Thaler e Sunstein (2009, p. 107) esboçam, inclusive, seis princípios de uma boa arquitetura de escolhas, que seriam a promoção de incentivos como estímulo, a realização de mapeamentos, a predefinição de opções, o fornecimento de feedback, o reconhecimento da possibilidade de ocorrência de erros e a possível utilização de vias alternativas para a realização de escolhas com estruturas complexas.

Então, seja de forma complementar ou até mesmo como mecanismo regulatório central, embora tenhamos que testar essa hipótese de forma empírica, já que os programas de integridade pública são fenômenos que

---

<sup>6</sup>HABERMAS. Jürgen. Direito e Democracia. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UFG. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol II, pág.21. *O desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas sim da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos da comunicação, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal.* É em concordância com essa realidade apresentada por Habermas (2012) que começaria a fazer algum sentido arquitetar um programa de integridade pública também através de *nudges* ou “empurrões”, trabalhando com a regulação no campo das escolhas possíveis.

começam a surgir no presente momento, não seria demais afirmar que, diante do discurso justificativo desenvolvido anteriormente, os *nudges* apresentar-se-iam não só como elementos componentes da arquitetura jurídica do *compliance* público, como também como instrumentos regulatórios que lhe confeririam maior efetividade e, portanto, legitimidade.

É bem verdade que os *nudges* encontram-se no campo da Economia Comportamental que reconhece a parcela de irracionalidade humana como um dos elementos que também permeia suas escolhas no mundo da vida.

Inclusive, em *Phising for Phools*, George A. Akerlof e Robert J. Shiller (2015), destacam a necessidade de reconhecimento de uma economia comportamental para além da economia clássica:

Social psychologist/marketer Robert Cialdini has written a book full of impressive evidence of psychological biases. According to his "list", we are phishable because we want to reciprocate gifts and favors; because we want to be nice to people we like; because we do not want to disobey authority; because we want our decisions to be internally consistent; and because we are averse to taking losses (AKERLOF; SHILLER, 2015).

E diante de certa irracionalidade própria da natureza humana, novos instrumentos da economia comportamental vêm somar-se às teorias econômicas e jurídicas regulatórias na tentativa de auxiliar na escolha e nas decisões políticas.

*Nudges*, portanto, são entendidos como “estímulos ao comportamento” e, falando em termos de Estado, reconhecíveis por um ente público em suas decisões num novo processo regulatório de arquitetura de escolhas consubstanciado no melhor comportamento dos seus agentes.

Auxiliaria, portanto, até mesmo na passagem de eventuais irracionalidades ocorridas em decisões desastrosas de políticas públicas ineficientes para uma escolha racional fundamentada no estímulo do comportamento adequado.

Para que o Estado, inclusive, absorva esse novo instrumento em suas relações com as escolhas a serem tomadas, Sunstein e Thaler (2003), dois pensadores desse modelo, sugerem a *Teoria do Paternalismo Libertário*:

We urge that libertarian paternalism provides a basis for both understanding and rethinking a number of areas of contemporary law, including those aspects that deal with worker welfare, consumer protection, and the family. Our emphasis is on the fact that in many domains, people lack clear, stable, or well-ordered preferences. What they choose is a product of framing effects, starting points, and default rules, leaving the very meaning of the term “preferences” unclear (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 2-3).

Sustentam os autores, em síntese, que a Teoria do Paternalismo Libertário afastaria a regulação baseada no comando e controle para substituí-la pelo sistema de liberdade de escolhas. Não se deixa de reconhecer a influência

dos arquitetos de escolhas, pois os estímulos são realmente por eles evidenciados, mas admitem que, por muitas vezes, o comando legal coercitivo chega a produzir resultados bem menos eficazes que *nudges* bem empregados (ALEMANNO; SPINA, 2014)<sup>7</sup>.

Pode-se falar, portanto, em regulação, fazendo jus aos conceitos de tecnologia ambiental e *enforcement* que já foram desenvolvidos no capítulo anterior. Todavia, avançando ainda mais um pouco, o desafio que se coloca é o de se pensar em como os *nudges*, sem possuir a autoridade normativa, confeririam efetividade aos programas de integridade pública, embora detenham a potencialidade de influenciar de maneira sistemática o processo de decisão humana (SUNSTEIN; THALER, 2003, tradução nossa).

Diríamos, como premissa, que os programas de integridade pública, como analisado, atuam no campo da legitimação pelo procedimento orientado pelo “entendimento” (HABERMAS, 2012), esperando uma postura persuasiva dos seus atores e colaborativa dos seus destinatários. Todavia, se não são normas, qual seria a real eficácia dos *nudges*? Podem ser usados como instrumento de regulação pelos programas de integridade pública?

### Os “*nudges*” e a sua eficácia normativa através dos programas de integridade pública

Não se discute, como dispõem Alemanno e Spina (2014), que:

Ao intervir no processo de tomada de decisão humano, a regulação comportamentalmente informada pode interferir substancialmente, e pode ser percebida como incompatível, com os direitos fundamentais dos cidadãos à liberdade de expressão, privacidade e autodeterminação. Neste contexto, não é apenas um exercício teórico examinar como e se os mecanismos tradicionais de controle e fiscalização do poder público do direito administrativo podem fornecer garantias adequadas contra a possibilidade de abuso dessas novas formas de poder governamental. De fato, a própria essência normativa do constitucionalismo requer que o exercício do poder público seja submetido a condições de legitimidade e responsabilidade democráticas (ALEMANNO; SPINA, 2014, p.3, tradução nossa).

O que se busca, porém, é demonstrar como os poderes públicos poderiam usar os *insights* da pesquisa comportamental em formulação de políticas públicas (ALEMANNO; SPINA, 2014), especialmente através da arquitetura jurídica de programas de integridade pública direcionados para a tentativa de uma regulação legítima.

---

<sup>7</sup>ALEMANNO, Alberto; SPINA, Alessandro. *Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation*. International Journal of Constitutional Law, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/2/429/710410/Nudging-legally-On-the-checks-and-balances-of>>. Acesso em: 24. abril. 2019.

Os autores Alemanno e Spina (2014), inclusive, mencionam que:

Enquanto as ciências comportamentais demonstram a extensão e os limites da ação racional e proporcionam uma melhor compreensão do comportamento humano, não existe uma estrutura pronta para incorporar seus insights sobre a formulação de políticas. As modalidades concretas pelas quais as instituições públicas podem afetar o comportamento dos indivíduos também são altamente variáveis e sua força intrínseca pode depender de elementos externos, como os diferentes contextos culturais e sociais em que são usados. (...) Sob esta abordagem emergente, a análise comportamental é percebida como uma oportunidade para melhorar a eficácia, bem como a eficiência da intervenção regulatória, especialmente quando - como é frequentemente o caso - ela visa à mudança comportamental. (2014, p.4, tradução nossa).

A real dificuldade estaria em encontrar ferramentas regulatórias operacionais para fazer valer as “cutucadas” advindas de abundantes descobertas empíricas no campo comportamental, já que atuando como “arquitetos de escolha”, os formuladores de políticas organizam o contexto, o processo e o ambiente em que os indivíduos tomam decisões (ALEMANNO; SPINA, 2014, p. 10, tradução nossa).

Os autores Alemanno e Spina (2014), através de uma análise empírica da normatização ocorrida pelas agências administrativas dos EUA no governo de Barack Obama, apontam algumas diretrizes que podem ser seguidas no processo de regulação comportamental.

Destacam a importância dos requisitos de divulgação, regras padrão predefinidas, simplificação: i) a divulgação não deve ser meramente técnica, mas também adequada, significativa e útil; ii) as regras padrão predefinidas, porque permitem o estabelecimento de padrões sensíveis estimuladores, inclusive de escolhas ativas realizadas por seus próprios regulados; iii) a simplificação deve conter a elaboração de mensagens claras do que se espera dos reguladores ou regulados dentro da instituição ou órgão. Em síntese, apresentam-se como instrumentos que criam um processo mais transparente e responsável para sua incorporação ao direito administrativo vigente (ALEMANNO; SPINA, 2014, p. 11).

Todas essas diretrizes apresentadas advindas de uma arquitetura de escolhas fundamentada na regulação comportamental através de *nudges*, em princípio, parecem agregar efetividade aos programas de integridade pública. Podem passar a integrar a sua estrutura, constituindo, em uma mão dupla de funcionalidade, parte do conteúdo legitimador do *compliance* público ao mesmo tempo em que confere aos *nudges* força normativa.

É uma realidade justificativa, sem sombra de dúvidas, do *compliance* público, especialmente interessante, sobretudo diante dos seus atributos de

adaptabilidade e flexibilidade que dialogam perfeitamente com a dialeticidade dos programas, perante a necessidade do seu constante monitoramento<sup>8</sup>.

Não deixa de ser uma hipótese justificadora, junto a outras tantas, da adoção, implementação, execução e, quiçá, legitimidade dos programas de integridade pública na Administração Pública Brasileira.

O *compliance* público poderia ser também entendido como um instrumento que confere normatividade às ferramentas da regulação comportamental em prol da criação de uma arquitetura de escolhas dentro do setor público, claro que sempre observados os limites constitucionais de qualquer regulação proferida pelo Estado, o que seria inclusive uma nova questão a ser desenvolvida em um momento próprio (HORTA, 2017).

### **PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA E O MULTI-LEVEL GOVERNANCE OU GOVERNANÇA DE MULTINÍVEIS: A CAMINHO DA COPARTICIPAÇÃO, DO REFINAMENTO ESTRATÉGICO E DA DECISÃO MULTICENTRADA**

O *multi-level governance* ou governança de multiníveis está diretamente relacionada com a gestão compartilhada intragovernamental e intergovernamental de serviços públicos e à criação de novos ambientes ou arranjos institucionais para a sua realização.

O conceito de *multi-level governance* (MLG) ou governança de múltiplos níveis tem sua origem nos estudos de integração da União Europeia (UE) na década de 1990. Segundo os seus criadores, buscava-se a ampliação do conceito de federalismo com o fim de incluir multiníveis de governo para formulações e decisões políticas, além dos governos locais e supragovernamentais (HOOGHE; MARKS, 2003).

Nos estudos sobre políticas públicas, o foco recai sobre “governança em redes”, onde a dispersão de autoridade não necessariamente implica um maior constrangimento do governo central em relação aos níveis subnacionais de governo e atores não-governamentais, mas sim a uma maior cooperação em processos de tomada de decisão. (HOOGHE; MARKS, 2003, tradução nossa).

Os autores Hooghe e Marks (2003) também listam a importância da dispersão da governança em várias “jurisdições” tanto no campo do federalismo propriamente dito, como nas relações internacionais, de governos locais, bem

---

<sup>8</sup>CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público*. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf) Acesso em: 26.04.2019.

como de políticas públicas, alterando, inclusive, o eixo do compartilhamento de responsabilidades e das competências institucionais e, conseqüentemente, a natureza do *enforcement* das decisões de cunho regulatório, inclusive no campo das políticas públicas.

Pressupõe um acréscimo de participação de entidades não-governamentais nas relações de governo e, portanto, na formulação, implementação, execução e monitoramento de políticas públicas que, por vezes, não somente as direcionam, como também as definem e financiam.

Aflora em um contexto de sobreposição de competências e de relações público-privadas que ocorrem em redes não hierarquizadas, além de se reconhecer em um ambiente de pluralidade de tomada de decisões e no campo de uma governança multicentrada baseada substancialmente na negociação.

Vai de encontro a um federalismo rígido cujo objetivo era, justamente, conferir legitimidade às decisões tomadas por instituições de competências previamente definidas, mas que não tem se mostrado suficiente para abarcar a complexidade das relações sociais e de mercado da atualidade, tampouco para tomar decisões consistentes em relação a essa realidade complexa que demanda não somente especialização, mas continuidade de investimentos de capital altamente qualificado e um planejamento estratégico refinado.

Pode, inclusive, apresentar-se como uma espécie de redistribuição das competências intragovernamentais em múltiplas esferas, que não somente promovam a interação política em diferentes níveis, como também traga uma melhor alocação de recursos destinados às prestações de serviços públicos. Aliás, é essa a sua bandeira (HOOGHE; MARKS, 2003).

Claro que algumas críticas e preocupações já são apontadas. A garantia de uma democratização do processo de decisão, inclusive a participação criteriosa de agentes externos seria fundamental para afastar a possibilidade de captura da regulação e do mercado (STIGLITZ, 2013).

Como toda inovação, é premissa a ser empiricamente testada e deve adaptar-se a cada esfera governamental, até mesmo local, ou ainda apenas institucional.

O conceito de governança de múltiplo nível [...] chama atenção para a incorporação na complexa rede de tomada de decisão intergovernamental de atores públicos e privados, e para a necessidade desse processo ser mais transparente e aberto. Nós reconhecemos que a inclusão de atores privados em processos de tomada de decisão intergovernamental pode não ter o efeito de produzir governança mais cooperativa em alguns contextos de políticas públicas. (STEIN; TURKEWITSCH, 2010, p.5, tradução nossa).

Veja que Hoogue e Marks (2003), inclusive, destacam que:

A realocação de autoridade, para cima, para baixo, e lateralmente, dos estados centrais, tem ganhado a atenção de um número crescente de acadêmicos da

ciência política. Porém, além de concordar que a governança tem se tornado (e deve ser) multinível, não existe consenso de como ela deve ser organizada. (HOOGHE; MARKS, 2003, p.233, tradução nossa).

A despeito de todas as incertezas e dificuldades, não deixa de ser uma vertente da governança pública que chama especial atenção no campo das políticas públicas. O seu estabelecimento em multiníveis poderia promover uma maior segurança nas decisões, que estaria consubstanciada na especialização e no refinamento estratégico.

A sua arquitetura poderia, inclusive, ser desenvolvida dentro dos programas de integridade pública, utilizando-se de todo o instrumental institucional já existente, mas organizando a gestão pública a partir de uma governança de multinível, ou, ao menos, apresentando diretrizes para que órgãos e instituições o façam dentro de cada realidade setorial específica.

Com isso, além das questões já abordadas, uma arquitetura jurídica dos programas de integridade pública fundamentada no *multi-level governance* ou governança de multiníveis traria ao *compliance* público uma justificação no campo democrático fundamentada na eficiência.

Sim, porque, a coparticipação é instrumento de uma democracia dialética que busca o consenso e o “entendimento” para produção do *enforcement* no campo jurídico (HABERMAS, 2012), bem como a especialização e o amadurecimento de decisões fundamentais no plano das políticas públicas.

Nessa linha, o *compliance* público, arquitetando a governança de multiníveis, teria um vasto campo de atuação e justificação. Quer concedendo diretrizes, quer estabelecendo a própria estrutura funcional, a flexibilidade do instituto do *multi-level governance* e a dialeticidade do *compliance* público permitiriam um diálogo substancial entre os dois institutos.

## CONCLUSÃO

Há muito, sem sombra de dúvidas, que se pensar a respeito dos programas de integridade pública e, especialmente, sobre a sua necessidade, já que demandam um evidente deslocamento de recursos para a sua elaboração, implementação, execução e monitoramento.

No entanto, especialmente ao adentrar no campo regulatório, essa nova realidade parece trazer interessantes oportunidades para o setor público.

Arriscaríamos dizer que essa inovadora tecnologia ambiental pode indicar instrumentos promissores à gestão da esfera pública, na medida em que traria um possível redesenho democrático às instituições.

Novos conceitos como a construção do “entendimento” através dos ensinamentos de Habermas (2012), como a cooperação regulatória e o seu

*enforcement*, ou mesmo como a utilização de *nudges* e a possibilidade de se dar força normativa à arquitetura de escolhas, especialmente no campo das políticas públicas, além do reconhecimento e do desenho de uma possível governança de multiníveis dentro ou através dos programas, podem, realmente, contribuir para a efetiva justificação do *compliance* público.

Certamente, a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública é um desafio a se enfrentar. Instrumentos como os apresentados nesse trabalho podem auxiliar na sua efetividade e justificação jurídica, quiçá na sua legitimação que estaria intimamente ligada, em última análise, à efetiva realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social e à redução das desigualdades sociais, bem como à manutenção da competitividade e equilíbrio dos mercados.

Sim porque, se realmente assumindo um papel empreendedor, o Estado tem deixado de ser um “leviatã” burocrático inativo para assumir uma postura de novo catalisador de investimentos empresariais; se tem passado de “ajustador” a criador e formador de mercados; se tem deixado de ser “eliminador de riscos” para o setor privado para acolher e assumir o risco devido às oportunidades que oferece para o crescimento futuro (MAZZUCATO, 2014, p. 33), essa revisão funcional demanda, de certo, um novo *design* democrático para as instituições e órgãos públicos em plena comunicação com a sociedade, mercados e com o seu tempo. E o *compliance* público pode, por que não, contribuir diretamente na construção dessa nova dinâmica funcional e estratégica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for Phools. The Economics of manipulation and deception*. Hard Cover, 2015.
- ALEMANNI, Alberto; SPINA, Alessandro. *Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation*. International Journal of Constitutional Law, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/2/429/710410/Nudging-legally-On-the-checks-and-balances-of>>. Acesso em: 24. abril. 2019.
- ARANHA, Márcio Iório. *Compliance, governança e regulação*. In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 437-452.

- BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.
- CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.) FRAZÃO, Ana. *Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público*. Disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf). Acesso em: 26.04.2019.
- DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: Por que oito famílias têm mais riqueza do que metade da população do mundo?* São Paulo: Autonomia literária, 2017.
- FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. *Desafios para a efetividade dos Programas de Compliance*. In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 90-95.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 355-336.
- HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol I e II.
- HASSEL, Anke. *Multi-level governance and organized interests*. In: ENDERLEIN, Henerik; WALTI, Sonja; ZURN, Michael (Orgs.). *Handbook on Multi-level Governance*. Londrês: Editora Edward Elgar, 2010. Cap. 9, p.153-167.
- HOOGE, Lisbet, MARKS, Gary. *Unravelling the Central State, but how? Types of Multi-level Governance*. American Political Science Review, vol.97, n.2, p.233-243, maio, 2003.
- HORTA, Ricardo Lins. *Arquitetura de escolhas, direito e liberdades: notas sobre o paternalismo libertário*. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5602/pdf>. Acesso em: 22.05.2019.

LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços. Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPES, Othon Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *A regulação como instituto jurídico*. In: Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, n° 4, pp.183 e seg., out/dez, 2003.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. *Compliance público: O caminho para a integridade na Administração Pública*. Disponível em : <http://www.lecnews.com/artigos/2016/09/23/compliance-público-o-caminhao-para-a-integridade-na-administração-publica>. Acesso em 04.11.2018.

OECD *Recommendation of The Council of Public Integrity* - <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-Public-Integrity.pdf>.

STEIN, Michael, TURKEWITSCH, Lisa. *The Concept of Multi-level Governance in Studies of Federalism*. In: International Political Science Association (IPSA) International Conference “International Political Science: New Theoretical and Regional Perspectives”, 2 Maio, 2008, Montreal. Anais. Montreal: IPSA, 2008.

\_\_\_\_\_. *Multilevel Governance and Federalism: Closely Linked or Incompatible Concepts?* IPSA/AISP Participation, Montreal, v.34, n.2, p.3-5, Out., 2010.

STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

\_\_\_\_\_. *Rewriting the rules of the American Economy. An agenda for growth and shared prosperity*. New York: WW Norton &o Company, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *Nudges.gov: behavioral economics and regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). Oxford handbook of behavioral economics and the law. [New York]: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>. Acesso em: 27.abril. 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. ***Libertarian paternalism is not an oxymoron***. University of Chicago Law Review, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=405940>>. Acesso em: 27. abril. 2019.

\_\_\_\_\_. ***Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.