

ano 20 - n. 82 | outubro/dezembro – 2020
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i81
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submetete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Dos limites constitucionais à admissibilidade de cláusula anticorrupção

Constitutional limits to admissibility of anti-corruption clauses

José Roberto Pimenta Oliveira*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
poliveira@prsp.mpf.gov.br

Denis Dela Vedova Gomes**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
denis_dvg@yahoo.com

Recebido/Received: 17.10.2019/October 17th, 2019

Aprovado/Approved: 04.09.2020/September 4th, 2020

Resumo: A repartição de competências na Constituição da República Brasileira concentrou na União a capacidade legislativa para disciplinar assuntos relacionados à licitação e ao contrato administrativo, com o objetivo de trazer uniformidade e segurança jurídica na definição de regras para as contratações, por meio de normas gerais nacionais. Iniciativas legislativas estaduais e municipais que exigem a implementação de programa de integridade dos licitantes, diante do vácuo normativo federal, a pretexto de aparentarem maior disposição à prevenção e ao combate à corrupção, violam os critérios de organização política do Estado brasileiro, podendo gerar efeito diametralmente oposto à causa que a motiva. Ademais, deve-se avaliar se a exigência é proporcional frente aos princípios regentes à licitação e ao direito à livre iniciativa.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GOMES, Denis Dela Vedova. Dos limites constitucionais à admissibilidade de cláusula anticorrupção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. -, out./dez. 2020.

* Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Procurador Regional da República, atuante no 53º Ofício da Procuradoria Regional da República na Terceira Região, integrante do Núcleo de Combate à Corrupção da PRR da 3ª Região. *E-mail*: jpoliveira@prsp.mpf.gov.br.

** Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/SP, Brasil). Especialista em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da FGV-SP (2012). Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2007). Procurador do Estado de São Paulo. *E-mail*: denis_dvg@yahoo.com.

Palavras-chave: Competência constitucional. Leis estaduais. Inconstitucionalidade. Licitação. Programa de integridade. Razoabilidade.

Abstract: The division of competences in the Constitution of the Brazilian Republic focused on the Union's legislative capacity to discipline matters related to the bidding and administrative contract, intending to uniformity and legal certainty in the definition of rules for contracting, through Nationwide. State and municipal legislative initiatives that require a program of integrity of the bidders, in the face of the federal normative vacuum, on the pretext of appearing more disposition to the prevention and fight against corruption, violate the political organization rules of the Brazilian State, being able to generate opposed effects to the cause that motivates it. In addition, it is necessary to exam whether the requirement is proportional to the principles governing procurement and the right to free enterprise.

Keywords: Constitutional competence. State law. Unconstitutionality. Procurement. Compliance.

Sumário: **1** Introdução – **2** Normas gerais de licitação e contratos administrativos – **3** Conteúdo geral das leis estaduais e distrital que obrigam a implantação de programa de integridade pelas contratadas – **4** Da inconstitucionalidade das leis que exijam a implantação de programas de integridade como condição de contratação com a administração pública – **5** Inconstitucionalidade material da exigência de implementação de programas de integridade por empresas contratadas para a execução de contratos administrativos – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente artigo busca avaliar a compatibilidade de iniciativas legislativas de entes federativos subnacionais motivadas pelos esforços para o combate de focos da corrupção nos contratos administrativos, impulsionados pelo vácuo normativo quanto ao tratamento do tema pela União, para dispor sobre a obrigatoriedade da implantação de um programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública como medida de incentivo à prevenção da prática de atos lesivos à administração em licitações públicas e nos contratos administrativos firmados no âmbito da administração direta.

Nessa esteira, podem-se citar a Lei Estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, do estado do Rio de Janeiro; a Lei Distrital nº 6.112, de 6 de fevereiro de 2018, Lei nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, do estado do Rio Grande do Sul; Lei Estadual nº 4.730, de 27 de dezembro de 2018, do estado de Amazonas; e Lei Estadual nº 20.489, de 10 junho de 2019, do estado de Goiás.

Pretende-se investigar se a disciplina encontra ressonância constitucional, avaliando sua harmonização com o critério de repartição de competências legislativas estabelecido na Constituição da República. Buscar-se-á averiguar se a imposição jurídica é proporcional aos licitantes, seja na quadra dos vetores constitucionais que presidem a licitação, como no respeito à sua organização empresarial e à livre iniciativa econômica.

2 Normas gerais de licitação e contratos administrativos

Antes de avaliarmos o alcance normativo do conceito jurídico de normas gerais, interessa-nos tratar brevemente do sistema de repartição de competências legislativas estabelecido na Constituição da República de 1988, que incorpora a forma federal de estado.

2.1 Competência privativa e competência concorrente em matéria de licitações e contratos

No campo da distribuição de competências legislativas, a Constituição da República adotou um critério misto pela técnica de repartição de competências, orientada pelo princípio da predominância do interesse e pela manutenção da autonomia das unidades federativas. Houve a repartição de competências tanto sob o critério horizontal quanto pelo critério vertical. Enumeraram-se, para União, em caráter privativo, as disciplinas arroladas no artigo 22; aos municípios, privativamente, coube tratar de assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I; e poderes remanescentes aos estados, conforme disposto no artigo 25 da Carta Republicana.

Por outro giro, o artigo 24 da Constituição da República tratou da repartição vertical de competências concorrentes, havendo uma preponderância da União quanto à disciplina das normas gerais, ao passo que os demais entes subnacionais podem inovar nesse campo apenas quanto ao conteúdo particularizante da norma geral.

O §3º do artigo 24 da Constituição da República admite que, enquanto não houver norma geral editada pela União sobre algum tema, os estados exercerão a competência legislativa plena, porém, dentro dos quadrantes necessários para atender as suas peculiaridades regionais. Essa disciplina se compatibiliza com o magistério de José Afonso da Silva, para quem a competência concorrente possui dois elementos caracterizadores: “Possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto por mais de uma entidade e primazia da União no que tange à fixação de normas gerais”.¹

Por seu turno, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República cuidou das competências privativas da União. Tal dispositivo, de maneira expressa, outorgou a competência legislativa a tal ente federal para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios. Atribuiu-se à União, portanto, a competência privativa para elaboração de regras

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 479.

sobre a temática especificada, ficando afastada a competência dos demais entes inovarem quanto àquele assunto regulamentado.

Parcela majoritária da doutrina, capitaneada por Marçal Justen Filho,² entende que a distinção entre competência privativa e concorrente não tem qualquer efeito prático. Segundo o autor, tanto o artigo 22, inciso XXVII, como o artigo 24, §1º, da Constituição da República reservaram à União a competência para dispor sobre normas gerais, havendo intenção, portanto, de ressaltar aos demais entes federativos a competência para disporem sobre a matéria. Eventual omissão da União em dispor sobre normas gerais não poderia impedir os demais entes federativos de exercerem sua autonomia administrativa plena. O autor critica, ainda, a Lei Federal nº 8.666/93 por conter regras que extravasam o conceito de normas gerais.

Importa-nos, doravante, avaliar o que podemos entender por normas gerais.

2.2 Normas gerais

Lúcia Valle Figueiredo, após avaliar a compilação das características das normas gerais segundo vários doutrinadores, elaborada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em artigo publicado no ano de 1988,³ ofereceu o interessante conceito a seguir transcrito:

As normas gerais, para nós, possuem características diferenciadas das normas, com hierarquia inibitória ao legislador ordinário, se estadual ou municipal, de disporem de forma diferente. As matérias que devam ser objeto de normas gerais, não podem ser legisladas por outros entes políticos, a não ser, nas hipóteses constitucionais de suplementação.⁴

A partir dele, a saudosa autora propõe a seguinte sistematização de normas gerais:

- a) disciplinam, de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para garantia de segurança e certeza jurídica,
- b) não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados (...),

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 15.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competências concorrentes. Separata de: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n.º 100, out./dez. 1988 apud FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.77.

⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 77.

c) estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos.⁵

Alice Gonzales Borges⁶ noticia que, sobre outro prisma, José Afonso da Silva distingue normas gerais de conteúdo das normas gerais de aplicação. Pela primeira, há um “disciplinamento uniforme” para tornar factível a realização integral dos princípios constitucionais que instrumentaliza. Pela segunda, “impõem-se comportamentos uniformes a toda a Administração, evitando-se atritos, colidências, discriminações entre uns e outros”, concretizando princípios constitucionais de forma indireta.

Desse contexto, observam-se a necessidade de conciliação entre os vetores da segurança decorrente da padronização de condutas, de um lado, e a autonomia dos entes federativos, de outro. Nessa esteira, Alice Gonzales Borges lançou importantes balizas de interpretação para a definição do alcance das normas gerais, levando em conta aludidas finalidades. Aduziu, em seu magistério, o seguinte:

De um lado, há que perseverar a esfera de autonomia organizacional-administrativa de cada unidade da federação; mas, de outro lado, é necessário mantê-las coesas e unidas em torno de objetivos centrais, comuns, que dizem respeito a toda Nação, como ordem total, global, UNA.(...) Surgem normas gerais, pois, quando por alguma razão convém ao interesse público que certas matérias sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados princípios constitucionais com que guardam pertinência.⁷

Marçal Justen Filho,⁸ apesar de relativizar a distinção entre competência privativa e concorrente para fins da disciplina legislativa de licitações e contratações, não destoa quanto à finalidade das normas gerais. Enquanto conceito indeterminado, seu significado pode ser extraído de um núcleo de certeza positiva, que consiste no conjunto de princípios e regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme de contratação em todas as unidades federativas. Porquanto, há necessidade de garantir uma mínima padronização no acesso às licitações, sem o qual se

⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 78.

⁶ BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, abr. 1993. p. 102.

⁷ BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, abr. 1993. p. 102.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 17.

restringiria a competição pela diversidade de regime jurídicos aplicáveis em uma mesma base territorial.

Sem grandes variações, Egon Bockman Moreira e Fernando Vernalha Guimarães ensinam que o efeito das normas gerais é vincular as competências legislativas dos entes federados descentralizados, tratando de valores nacionalmente relevantes, e a “finalidade é estabelecer a uniformidade regulatória acerca de aspectos centrais da matéria afetas à competência legislativa (complementar) dos demais entes”.⁹ Registram duas características presentes nas normas gerais, a generalidade e a função unificadora, “pois envolvem matéria cuja relevância permeia todas as unidades federadas” e “são incompletas, pois exigem, como regra, a suplementação da regulação pelos demais entes federados”.¹⁰

Traçadas as premissas teóricas sobre as regras necessárias para a avaliação da compatibilidade constitucional e formal das leis editadas por entes subnacionais, cabe-nos, agora, avaliar os aspectos gerais e comuns dos diplomas legais que exigem a implantação de programas de integridades nas contratações firmadas com a administração direta dos respectivos entes.

3 Conteúdo geral das leis estaduais e distrital que obrigam a implantação de programa de integridade pelas contratadas

Conforme indicamos em nossa introdução, até o fim de setembro de 2019 foram publicadas as seguintes leis estaduais que exigem a implementação de um programa de integridade nas empresas que firmarem contratos com a administração pública estadual direta: Lei Estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, do estado do Rio de Janeiro; a Lei Distrital nº 6.112, de 6 de fevereiro de 2018, Lei Estadual nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, do estado do Rio Grande do Sul; Lei Estadual nº 4.730, de 27 de dezembro de 2018, do estado de Amazonas; e Lei Estadual nº 20.489, de 10 junho de 2019, do estado de Goiás.

Não podemos deixar de abrir um parêntesis para citar que a Lei Estadual nº 10.793, de 21 de dezembro de 2017, do estado do Espírito Santo, disciplinou um código de conduta e de integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços ao estado do Espírito Santo. Todavia, suas disposições, diferentemente das leis anteriormente citadas, não indicam a necessidade de implantação de um programa de integridade em sentido estrito, mas, somente, a

⁹ MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

necessidade de observância de condutas éticas e legais na relação com servidores públicos que, se transgredidas, estão sujeitas à disciplina próxima àquela estabelecida na Lei Federal nº 12.846/2013.

Como pioneira, pode-se chegar a inferir que a lei estadual fluminense influenciou as regras dispostas nas demais licitações.

Em geral, tais leis obrigam que o contratado em um prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da assinatura do instrumento de contrato administrativo, cujos valor e duração sejam superiores a um patamar predeterminado, obrigue-se a adotar um conjunto de medidas internas visando à integridade de suas condutas, o que pode consistir na instalação de uma auditoria permanente e canais idôneos ao recebimento de denúncia de irregularidades, na aplicação de códigos de ética e de conduta, sem prejuízo de políticas capazes de detectar e autossanear ilícitos praticados contra a administração pública.

Com o contrato em execução, a administração pública avaliará se o programa de integridade existe e é aplicado, por meio de parâmetros especificados em lei ou regulamento. Se constatado o descumprimento da regra, haverá a aplicação de multa contratual predefinida até a efetiva execução do programa de integridade, sem prejuízo da impossibilidade de uma nova contratação da pessoa jurídica inadimplente no futuro até a sua regularização. Os custos decorrentes da obrigação deverão ser suportados pela contratada.

Vale frisar que a forma buscada pela lei estadual fluminense parece ditar a tendência da legislação futura. A redação final atribuída pela Câmara dos Deputados à subemenda substitutiva global ao Projeto de Lei nº 1.292/1995,¹¹ que revoga a Lei Federal nº 8.666/93 para estabelecer novas normas gerais de licitação e contratação para a União, estados, Distrito federal e municípios, em seu artigo 24, §4º, supre a lacuna da legislação federal em vigor, passando a prever a obrigatoriedade do edital exigir a implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses contados da celebração do contrato, nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto.¹² ¹³ Prevê que o regulamento deverá

¹¹ O atual projeto de lei prevê, ainda, que a implantação de um programa de integridade será elemento favorável para a dosimetria de sanções administrativas (conforme disposto no artigo 154, §1º, inciso V), bem como será requisito para a reabilitação da licitante, nos moldes da proposta contida no artigo 161 do projeto de lei.

¹² BRASIL. Projeto de Lei nº 1.292, de 1995. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Seção 1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C5CCA3992601BF85796FAD4AE728C2CE.proposicoesWebExterno2?codteor=1667857&filename=SBT+4+PL129295+%253D%253E+PL+1292/1995. Acesso em: 30 jul. 2019.

¹³ Entende-se por obras, serviços e fornecimento de grande vulto aqueles cujos valores sejam superiores a R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais).

dispor sobre as medidas a serem adotadas sobre a forma de comprovação, bem como as penalidades pelo descumprimento.

Retomando ao ponto de partida, a partir da avaliação geral das disposições legislativas estaduais, constatamos que as leis estaduais incluíram uma obrigação contratual, de natureza acessória, às pessoas jurídicas que queiram firmar contratos administrativos com a administração pública direta.

Diante da omissão legislativa federal atual, tal opção é capaz de contornar uma parte das críticas, consolidadas na doutrina e na jurisprudência nacional, que condenariam a obrigação caso fossem alçadas como requisito de habilitação no edital, cuja disciplinar normativa estaria irredutivelmente na esfera de competência legislativa da União, a partir da aplicação do precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS.¹⁴

Apesar das leis estaduais destacadas terem direcionado a eficácia da exigência ao campo das obrigações contratuais, convém avaliarmos se há inconstitucionalidade formal orgânica em tais proposições subnacionais. É o que faremos nos capítulos a seguir.

4 Da inconstitucionalidade das leis que exijam a implantação de programas de integridade como condição de contratação com a administração pública

4.1 Inconstitucionalidade formal orgânica – exigências inseridas no alcance das normas gerais de licitação e contratação

Como vimos, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República outorgou a competência legislativa à União para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios.

¹⁴ No caso, a Corte Constitucional julgou a nulidade, por inconstitucionalidade, da Lei nº 3.041/2005, do estado de Mato Grosso do Sul, que exigiu requisito específico de habilitação de licitantes para a contratação com o poder público estadual, o qual não figurava no rol daqueles previstos no artigo 27 da Lei nº 8.666/1993. Naquela assetada, o STF fixou que a igualdade de condições dos concorrentes em licitações pode ser relativizada por via de lei ou pela autoridade pública responsável pela condução do processo licitatório através de “elementos de distinção de qualificação técnica e econômica, vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas” contratuais. Delimitou que: “Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local”.

A opção da Constituição da República é indicativa da inaplicabilidade de interpretações jurídicas extraídas do §3º do artigo 24 da Constituição da República, que fundamentam a constitucionalidade formal orgânica de regras editadas por estados, Distrito Federal e municípios sobre as matérias reservadas à competência privativa da União, como é o caso das normas gerais de licitação e contratação.

Como anota Lúcia Valle Figueiredo sobre as normas de licitação e contratos, “quis a Constituição, expressa e enfaticamente, alojar tudo que fosse passível de ser geral, homogêneo, apenas na competência da União”.¹⁵

Como dito anteriormente, a inconstitucionalidade formal sob o critério orgânico decorre da violação dos critérios de repartição de competências adotados pela Constituição da República, que reservou à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos.

A nosso ver, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República consolida a técnica de repartição horizontal de competência, de modo privativo. Por isso, a intromissão de outro ente federativo no campo da competência legislativa reservada à União, sem a chancela de lei complementar federal que autorize a delegação de competência privativa, fere a cláusula federativa, que inclusive é considerada princípio constitucional sensível.¹⁶

Ainda que admitida a interpretação analógica do §3º do artigo 24 da Constituição da República à hipótese em questão, a competência supletiva do estado estaria restrita às hipóteses em que o objeto da lei buscasse atender às suas peculiaridades regionais, o que não se imagina tratar quando o assunto se refere à prevenção da corrupção em licitações e contratações públicas, matéria que interessa a toda a sociedade brasileira, pois, como frisado pela doutrina anteriormente, normas gerais visam atribuir, entre outros, um regime jurídico uniforme à matéria nela disciplinada, viabilizando a instrumentalização dos princípios constitucionais com que guardam pertinência, não sendo crível admitir que medidas destinadas à prevenção à corrupção não sejam de interesse comum, de todas as unidades federativas.

Traçado esse panorama geral, conclui-se: leis estaduais que obriguem as pessoas jurídicas a estabelecer programas de integridade como requisito para as contratações com a administração pública, seja mediante requisitos da fase externa da licitação, seja a título de obrigações contratuais, são intrinsecamente contraditórias com os critérios de repartição de competências estabelecidos na

¹⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 74.

¹⁶ Corrobora tal argumento a interpretação *a contrario sensu* do parágrafo único do artigo 22 da Carta Republicana, que cuidou da figura da competência privativa delegada. É dizer: inexistindo lei complementar que autorize o Estado a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo 22, as disposições legais de origem regional ou local violam a organização de estado delineada pela Constituição. A confirmar nossa impressão, vale citar o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.391, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal.

Constituição da República entre os diferentes entes federativos, já que tratam de assunto que escapa às fronteiras do interesse regional ou local, definidas pela autonomia legislativa do ente federativo, o que se afigura incompatível com a concepção própria de normas gerais.

Deve-se destacar, por outro lado, a existência de vozes contrárias à posição ora advogada, com argumentos que extrapolam a mera conjectura da avaliação de índole formal e constitucional.

Os defensores da detença de um programa de integridade como condição de contratar com a administração pública no quadro legislativo atual entendem que a medida se alicerça nos princípios da moralidade e da probidade administrativa, que norteiam o processo de contratação pública, convergindo, sob a perspectiva finalística, para a redução do risco de corrupção e geração de eficiência nas contratações com o poder público.¹⁷ Há quem advogue a tese de que a Lei Federal nº 12.846/2013 ostenta natureza de norma geral do ordenamento setorial, irradiando efeitos sobre todas as relações jurídicas firmadas entre o estado e as pessoas jurídicas, impondo comportamentos empresariais e institucionais íntegros, o que autorizaria até mesmo a regulamentação infralegal específica estadual e municipal sobre o tema.¹⁸

A nosso ver, tais argumentos não são suficientes para alterar a conclusão de que as iniciativas legais provenientes de estados, Distrito Federal ou municípios que obriguem pessoas jurídicas a adoção de um programa de integridade como condição de contratar com a Administração Pública ou equivalente teor são formalmente inconstitucionais.

Quando a lei estadual, distrital ou municipal regulamenta princípios constitucionais da moralidade e da probidade, cria-se um interesse jurídico amplo e coletivo que avoca a disciplina geral da matéria. Trata-se, como vimos no capítulo dedicado ao breve estudo das normas gerais, de uma de suas características, a partir das lições de Lúcia Valle Figueiredo¹⁹ ou como podemos ver na classificação proposta por José Afonso da Silva,²⁰ de uma típica norma geral de conteúdo que resulta no “disciplinamento uniforme” de determinada matéria para tornar factível a realização integral dos princípios constitucionais que instrumentaliza.

Já quanto à afirmação de que a própria Lei Federal nº 12.846/2013 ostentaria a natureza de norma geral do ordenamento setorial, permitindo sua regulamentação

¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 212.

¹⁸ SOUZA, Horácio Mendes Augusto de. A juridicidade da exigência de programa de integridade para participar de licitações e firmar contratos e outras parcerias com o Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 15, n. 15, 2017. p. 166.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 78.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 479.

pelos entes federativos, abordaremos a questão no item seguinte, por exigir uma contextualização prévia da legislação referida.

4.1.1 A incompatibilidade da exigência de implantação de programa de integridade como medida de regulamentação da Lei Federal nº 12.846/13 ou da Lei Federal nº 13.303/16

A Lei Federal nº 12.846/2013, que dispôs sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, admitiu que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica sancionada, pudesse ser considerada como causa de diminuição das sanções administrativas a serem aplicadas à pessoa jurídica em razão da prática de atos lesivos.

Aqui, abre-se um parêntesis para se identificar, de modo breve, o fundamento para o estabelecimento de mecanismos internos de integridade pelas pessoas jurídicas. O Decreto Federal nº 8.420/2015, que regulamenta Lei Federal nº 12.846/2013, em seu artigo 41, traz a seguinte definição de programa de integridade:

Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.²¹

Conforme noticiado pela Controladoria-Geral da União,²² o programa de integridade propõe que as pessoas jurídicas adotem medidas de controle interno destinadas à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira fixados na Lei Federal nº 12.846/2013. De fato, o artigo 5º da Lei Federal Anticorrupção arrola condutas que, em sua grande maioria, se desenvolvem no bojo das relações jurídicas travadas entre a administração

²¹ BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 3. jun. 2019.

²² CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019. p. 6.

pública e o particular, tanto no âmbito da licitação como no momento da execução contratual.

Ocorre que a disponibilização, pela pessoa jurídica, de equipe encarregada pelo programa de integridade não pode ser vista como obrigatória, sequer pela própria Lei Federal nº 12.846/2013.

Trata-se de um ônus²³ para a pessoa jurídica: se não for adotado o programa de integridade, ela apenas não poderá se beneficiar da causa de diminuição da sanção administrativa nas hipóteses de cometimento de atos lesivos contra a administração pública, estando sujeita tanto ao regime jurídico da responsabilidade objetiva quanto ao procedimento sancionatório decorrente da prática de atos de corrupção.

Por impor ônus – e não um dever – de implantar um programa de integridade, subtrai-se da lei a controvertida discussão sobre legalidade de interferência direta do estado na liberdade de organização da empresa em face do direito fundamental de livre iniciativa do indivíduo.²⁴

Feita essa pequena digressão, podemos afirmar que a Lei Federal nº 12.846/2013 não previu qualquer disposição que tornasse a implementação dos programas de integridade um requisito indispensável para a contratação com a administração pública.

Logo, não há como se regulamentar uma obrigação legal inexistente. Note-se que as leis estaduais que obrigam a implantação de um programa de integridade em seus diversos níveis de maturidade – queremos dizer, do treinamento de pessoal até a adoção de medidas de autossaneamento de ilícitos – são diferentes daquelas que estabelecem códigos de ética e conduta das contratadas em relação aos servidores públicos que apresentam a pessoa jurídica de direito público contratante, tal como a Lei Estadual nº 10.793, de 21 de dezembro de 2017, do estado do Espírito Santo.

Nesta última hipótese, poderíamos admitir que a Lei Estadual nº 10.793, de 21 de dezembro de 2017, regulamentaria a Lei Federal nº 12.846/2013, adotando, inclusive, parâmetros sancionatórios próximos à Lei Nacional de Regência. Lado outro, a afirmação não se estende à norma local que obrigue a implantação de um programa de integridade pela empresa contratada.

A mesma conclusão pode ser endereçada à tese de que as leis estaduais ora em análise decorrem da disciplina prevista na Lei Federal nº 13.303/16. O artigo 32, inciso V, da referida lei federal autorizou que as empresas estatais pudessem fixar diretrizes relacionadas à política de integridade nas transações com

²³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Artigo 2. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 33.

²⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Artigo 2. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 34.

partes interessadas no âmbito das licitações e contratos por elas firmados. Nesta disposição, posterior à Lei Federal nº 8.666/93, haveria o avanço necessário para fundamentar a cláusula anticorrupção a que nos debruçamos.

Todavia, entendemos que a aplicabilidade dessa regra é confinada apenas às empresas estatais e suas subsidiárias, na forma do artigo 1º da Lei Federal nº 13.303/2016, por força do clássico critério interpretativo de resolução de antinomias aparentes, qual seja, a especialidade. Ademais, adotar o artigo 1º da Lei Federal nº 13.303/2016 para limitar o alcance da lei das estatais não significa mera interpretação literal do dispositivo: o artigo 173, §1º, inciso III, da Constituição da República autorizou a adoção de um regime diferenciado e flexível de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica em razão da isonomia que deve ser observada em relação às demais empresas privadas que, sem as mesmas restrições jurídicas, atuem como suas concorrentes.²⁵ Tal contexto está ausente no âmbito das contratações deflagradas pelas pessoas jurídicas de direito público.

Logo, eventual interpretação extensiva de suas disposições ignoraria tanto o permissivo constitucional que atribui tratamento diferenciado às empresas estatais no que tange às licitações e contratos como o silêncio da Lei Federal nº 8.666/93 a respeito da obrigatoriedade da implementação de programa de integridade nas contratações firmadas pela administração pública direta.

4.2 A disciplina nacional e internacional quanto à exigência de implementação de programa de integridade nas contratações firmadas pela administração pública direta

Ninguém questiona a importância da prevenção e do combate à corrupção no Brasil e no mundo. O tema é objeto de grande preocupação entre os brasileiros. Conforme noticiado pela imprensa em janeiro de 2019, “a sensação de corrupção no Brasil continuou a crescer em 2018, de acordo com a mais recente edição do IPC (Índice de Percepção da Corrupção), elaborado pela Transparência Internacional”. Mesmo depois das investigações e diversas iniciativas legislativas nacionais, a reportagem veicula que o Brasil perdeu 9 (nove) posições no referido *ranking* em relação ao ano de 2017 e, agora, ocupa a 105ª posição em um conjunto de 180

²⁵ A Lei Federal nº 13.303/2016 originou-se dos trabalhos realizados por comissão mista do Congresso Nacional visando estabelecer normas de governança corporativa e regras para compras e licitações que atendam às especificidades de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, vale apenas conferir, para fins de interpretação histórica, a exposição de motivos originários do projeto de lei que restou convertido na atual Lei Federal nº 13.303/2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1929&tp=4>. Acesso em: 30 jul. 2019.

países analisados,²⁶ acompanhando a tendência de constante declínio na percepção desse fator pela população desde o ano 2012.

Nesse contexto, vale traçar um panorama a respeito das regras que busquem fortalecer a prevenção à corrupção nas compras governamentais. Inicialmente, registramos que a falta de disciplina legal quanto à obrigatoriedade de implementação de programa de integridade nas contratações firmadas pela administração pública direta não representa que o enfrentamento e a prevenção da corrupção não sejam objetos de preocupação, inclusive pela tão criticada Lei Federal nº 8.666/93.

Nela podem-se encontrar diversas disposições normativas que buscam evitar situações tendentes ao conflito de interesse entre agentes públicos e contratados que visam à prática de atos lesivos à corrupção. Dentre outras, podemos citar (i) o artigo 9º, incisos I e II, que proíbem aqueles que tenha elaborado o projeto básico ou executivo de participarem da licitação relacionada; (ii) artigo 11, pela imposição de padronização de obras e serviços qualificados pela mesma finalidade; (iii) artigo 23, §1º, que prevê a divisão do objeto da licitação tanto em itens quanto em técnicas economicamente viáveis; (iv) artigo 65, §1º, ao estabelecer limites quantitativos para o acréscimo contratual; (v) artigo 67, que determina a fiscalização da execução do contrato por agente público expressamente indicado, que pode se fazer auxiliar por terceiros dotados de *expertise* técnica, contratados para subsidiá-lo. Não se olvide que há, inclusive, regras de caráter penal que criminalizam condutas que frustrem o caráter competitivo da licitação.

Sob a perspectiva internacional, as diversas convenções firmadas pelo Brasil na órbita externa implicam no compromisso nacional de promoção e fortalecimento da sociedade e das instituições para prevenir e combater de modo mais eficaz e eficiente a corrupção. Nesse compasso, pode-se citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), assinada em 9 de dezembro de 2003, bem como a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção Interamericana de Caracas, assinada em 29 de março de 1996.

No âmbito externo, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um guia²⁷ com recomendações para o fortalecimento e para adoção de medidas de prevenção à corrupção das instituições encarregadas

²⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha. *Percepção da corrupção aumenta, e Brasil tem pior nota em ranking desde 2012*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/percepcao-da-corrupcao-aumenta-e-brasil-tem-pior-nota-em-ranking-desde-2012.shtml>. Acesso em: 3 jun. 2019.

²⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Preventing Corruption in Public Procurement*. *OECD Publishing*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

por compras governamentais, a partir de seis pilares:²⁸ políticas de integridade; transparência; participação e controle social do procedimento; facilitação de acesso ao mercado por pequenas e médias empresas; utilização de tecnologia digital para o desenvolvimento do procedimento; supervisão responsável, atenta e cuidadosa e controle dos procedimentos e atos praticados na licitação.

Note-se que grande parte das medidas anunciadas já foi prevista na legislação brasileira. Podemos citar, sem a pretensão de exaurir o tema, a adoção do pregão eletrônico (Lei Federal nº 10.520/2002, art. 2º, §1º); medidas de punição e prevenção ao conflito de interesses (Lei Federal nº 12.813/2013); margem de preferência de micro e pequenas empresas (artigo 42 e seguintes da Lei Complementar Federal nº 123/2006); acesso à informação pelo público por meio da Lei Federal nº 12.527/2011 e publicidade dos atos praticados em licitação (artigo 5º da Lei Federal nº 8.666/93); controle externo dos atos praticados em licitações pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário, inclusive por meio de ação popular ou mandado de segurança (artigo 113 da Lei Federal nº 8.666/93 e Leis Federais nº 4.717/1965 e 12.016/2009).

Para os fins deste artigo, adentra-se, brevemente, nas recomendações relativas à adoção de políticas de integridade. Tais políticas voltam-se ao treinamento e à formação especializada de servidores públicos envolvidos nos procedimentos de compra governamentais, definição precisa de procedimentos, competências e funções, podendo ser formulado, inclusive, um código de conduta para esses agentes públicos, como adotado pelo Canadá. Cita-se, ainda, um maior comprometimento dos servidores envolvidos com licitação e contratos quanto ao nível de divulgação e publicidade de seu patrimônio em relação aos trabalhadores da iniciativa privada. Destaca, por fim e ao que nos interessa, que todas as medidas de integridade já aplicadas ao setor público podem ser adotadas pela iniciativa privada para execução de atividades específicas.²⁹ Tais acordos, essencialmente, visam à abstenção de subornar agentes públicos, prática de colusão ou outros ilícitos, incluindo, em alguns casos, a previsão de monitoramento liderada por grupos da sociedade civil.

Verifica-se que a Convenção de Mérida preocupou-se em dispor de delineamentos mínimos para o combate à corrupção, ancorados principalmente pela transparência

²⁸ *Integrity, Transparency, Stakeholder participation, Accessibility, E-procurement and Oversight and control* (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Preventing Corruption in Public Procurement. *OECD Publishing*. 2016. p. 10).

²⁹ *Private companies often have their own integrity system in place, and many countries engage with private sector actors to instill integrity in public procurement. For example, integrity standards applicable to public sector employees may be expanded to private sector stakeholders through integrity pacts (Table 1). Integrity Pacts are essentially an agreement between the government agency offering a contract and the companies bidding for it that they will abstain from bribery, collusion and other corrupt practices for the extent of the contract* (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Preventing Corruption in Public Procurement. *OECD Publishing*. 2016. p. 14).

do procedimento, no respeito à competência e na adoção de critérios objetivos das decisões. A disciplina específica da matéria foi objeto do artigo 9º da Convenção.

Percebe-se que as iniciativas legislativas que objetivam obrigar as pessoas jurídicas contratantes a implementarem um programa de integridade durante a execução do contrato administrativo, a título de obrigação acessória ou como requisito de habilitação, não encontram ressonância na legislação nacional vigente, muito menos nas políticas ou convenções internacionais de prevenção à corrupção em compras governamentais.

Aliás, em nossa impressão, a opção pela inovação legislativa pelos estados, Distrito Federal ou municípios pode até mesmo colidir com as previsões em tratados internacionais e com os princípios constitucionais aplicáveis às licitações e aos contratos administrativos. Sobre essa possível inconstitucionalidade material é que trataremos a seguir.

5 Inconstitucionalidade material da exigência de implementação de programas de integridade por empresas contratadas para a execução de contratos administrativos

Para os fins deste trabalho, cogita-se que a exigência de implementação de um programa de integridade nas compras governamentais poderia ser constar em dois³⁰ momentos distintos do procedimento de contratação: (i) como requisito de habilitação e (ii) como obrigação acessória ao contrato administrativo. Faremos, doravante, uma análise mais detalhada sobre os efeitos da exigência nos diversos momentos do procedimento licitatório.

5.1 A exigência de implementação de um programa de integridade como requisito de habilitação

A convergência prática dos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração fica latente no exame da habilitação dos licitantes. Segundo assinalam Egon Bockman Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, “a licitação envolve um juízo objetivo acerca da habilitação dos licitantes como passo

³⁰ É juridicamente válido alçar a exigência como requisito de contratação. Porém, em razão das limitações editoriais quanto à extensão deste artigo, deixaremos de tratá-la nesta oportunidade, antecipando nossa conclusão quanto à impropriedade jurídica da exigência a este título.

prévio à licitação. Trata-se de julgamento acerca das condições mínimas para contratar com a Administração”.³¹

A habilitação é a primeira etapa da fase externa da licitação e corresponde a um dos momentos em que a isonomia entre os licitantes deve ser levada ao extremo. Tendo a licitação a natureza jurídica de processo administrativo, consideramos que é na fase da habilitação o momento juridicamente mais adequado para que a administração pública se acautele quanto à capacidade e idoneidade do licitante executar o objeto do contrato, a partir de suas experiências anteriores e compromissos atuais. Ademais, a implementação do programa de integridade, conforme disposto no artigo 41 do Decreto Federal nº 8.420/2015, objetiva prevenir a ocorrência de atos lesivos praticados antes mesmo da assinatura do contrato, tal como exemplificado pelas diversas condutas classificadas como atos lesivos à administração pelo artigo 5, inciso IV, da Lei Federal nº 12.846/2013.

Todavia, eventual lei que imputasse a exigência de programa de integridade resvalaria no potencial restritivo à isonomia que o critério carrega consigo, diante das dificuldades de avaliar a eficiência do programa ao seu propósito. Lembre-se que o artigo 37, inciso XXI, *in fine*, da Constituição da República delimitou a discricionariedade do administrador na eleição dos requisitos de habilitação, prescrevendo que somente se permitirão exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

Nesse compasso, exigir que as pessoas jurídicas interessadas em contratar com a administração pública de determinadas esferas federativas tenham estrutura adequada para a implementação de programa de integridade, alçando tal encargo à condição de habilitação, sem que outros entes não exijam tal encargo, violaria frontalmente a isonomia entre os licitantes.

Ademais, identificar o grau de maturidade suficiente para que um programa de integridade possa corresponder à causa que lhe dá origem é tarefa das mais complexas e que pode escapar ao exame objetivo da autoridade pública responsável pelo ato, diante de inúmeras circunstâncias e elementos concretos que devem ser avaliadas subjetivamente.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em seu guia de *compliance*, aborda a preocupação em torno do que denomina de programas de fachada.³² É preciso atentar, na linha do que definido pelo órgão de concorrência,

³¹ MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES; Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 243.

³² Segundo o CADE, há programas de integridade “criados apenas para simular um interesse em comprometimento, também conhecidos como *sham programs*. A mera adoção formal de um programa não significa que a organização esteja efetivamente preocupada (...) que esse programa seja eficaz” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de programas de Compliance. Orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de Compliance concorrencial*. Brasília, 2016. p. 15). Conforme destacado pela Autarquia Especial, empresas podem “adotar programas extremamente

sobre o potencial de programas de integridade encarecerem o valor do bem ou serviço a ser contratado pela administração pública, afastando-a da obtenção da proposta mais vantajosa, sobretudo em licitações do tipo menor preço.

Conforme ensina Adilson de Abreu Dallari, um dos princípios fundamentais da licitação, que decorre de sua própria razão de ser, é a oposição ou a concorrência, pelo qual “a escolha deve ser feita com base em uma comparação objetiva entre as diversas ofertas”.³³

A incidência do princípio da oposição ou da concorrência na licitação fica limitada diante do elevado grau de indeterminação e subjetividade dos requisitos estabelecidos no artigo 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015 e da Portaria CGU nº 909/2015 para identificar o comprometimento do programa de integridade. A propósito, a própria Controladoria-Geral da União publicou manual prático de integridade, no qual busca uniformizar e otimizar o processo de avaliação de programa de integridade para os fins de dosimetria da causa de diminuição de pena da pessoa jurídica que o disponha, no bojo do processo administrativo para apuração de responsabilidade. Reconhecendo a dificuldade da avaliação para propósito essencialmente subjetivo – e, portanto, diferente do critério de julgamento da licitação –, o Órgão Nacional afirmou o seguinte:

(...) estabelecer os parâmetros para avaliação do Programa de Integridade, é possível afirmar que não se trata de uma tarefa simples: primeiro porque o tema é inovador, distante da realidade da maior parte dos servidores que serão responsáveis por essa atividade; segundo porque os parâmetros estabelecidos pelo Decreto são pouco detalhados, o que dificulta a avaliação;

(...)

É importante destacar que a avaliação de Programa de Integridade é uma atividade complexa, que demanda tempo e envolve diversas áreas do conhecimento. Além disso, ela depende da verificação da adequação do Programa de Integridade à realidade de cada pessoa jurídica.

(...)

Também contribuem para a complexidade da avaliação a falta de concretude dos parâmetros estabelecidos pelo Decreto n. 8.420/2015 (...) Essas características podem vir a ser interpretadas como causas de insegurança jurídica no PAR, sobretudo pelo fato de

complexos e em teoria bem estruturados, elaborados por especialistas no tema e que implicam em gastos elevados, mas que não encontram qualquer eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados por colaboradores”.

³³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

o resultado da avaliação do Programa de Integridade ser capaz de gerar um impacto financeiro relevante (...).³⁴

Nesse quadrante, podemos desenvolver afirmação anterior de que a exigência de implantação de programas de integridade arranha a eficácia de disposições firmadas em convenções internacionais pelo Brasil. Note-se que “a aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública”³⁵ é um dos vetores da política internacional de prevenção à corrupção, anunciada na alínea “c” do artigo 9 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Tal como retratada a complexidade para avaliação do programa de integridade, cabe indagar se a exigência, ainda que fosse constitucional e legal, não criaria terreno ainda mais fértil à corrupção.

5.2 A exigência de implementação de um programa de integridade como obrigação acessória ou acidental ao contrato administrativo

As leis estaduais ora examinadas, de forma geral, optaram por incluir o exame da conformidade do programa de integridade como uma das obrigações do contrato administrativo. Trata-se, exemplificativamente, da disposição contida no artigo 3º da Lei Estadual nº 7.753/2017 do Rio de Janeiro.

Assim, tomada como paradigma para o presente trabalho, a disposição normativa em lume prevê que o programa de integridade consiste no “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes” que deverão ser moldados por cada contratada “de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica” visando garantir efetividade na detecção e saneamento de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública.

Apresentado o panorama sobre o qual incide a obrigação, entendemos ser indispensável avaliar, preliminarmente, a classificação entre obrigação principal e acessória sob o crivo da teoria geral das obrigações.

Na perspectiva da doutrina, ora encabeçada por Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação é acessória quando ela não tiver existência em si, dependendo de outra

³⁴ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR*. Brasília, 2018. p. 6. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

³⁵ BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

que adere ou de cuja sorte depende.³⁶ A obrigação é principal quando é autônoma, fruto da causa e da manifestação de vontade que motiva a relação obrigacional.

Transpondo-se ao campo do contrato administrativo, verifica-se que ele é gerado para a construção de uma trama de direitos e obrigações, segundo especificações técnicas, que conduzirão aos objetivos materiais desejados pela administração. Como anota Adilson de Abreu Dallari, “a futura relação obrigacional será variável conforme seja seu conteúdo um fornecimento, uma prestação de serviço, uma concessão de obra ou de serviço, etc.”.³⁷

Dito isso, parece ser correto afirmar que a obrigação de implantação de um programa de integridade em um negócio jurídico firmado pelo estado para a contratação de bens, serviços ou execução de obras afigura-se como obrigação acessória ao contrato administrativo. Isso porque o moto da administração pública com o contrato é adquirir ou usufruir de um bem, de um serviço ou de uma obra, sendo vetor ancilar à execução contratual a adoção de mecanismos que prestigiem medidas de prevenção à corrupção, a serem aplicadas, justamente, para proteção da integridade daquele negócio jurídico.

Portanto, o primeiro registro parece indicar que a inclusão da obrigação de implantação de um programa de integridade não deve ganhar contornos tão complexos que supere a dedicação da administração pública na disciplina da forma de execução da atividade que pretende contratar, sob pena de menosprezo ao princípio da razoabilidade e da eficiência administrativa.

Ocorre que o exame do adequado funcionamento do programa de integridade parece ser tarefa extremamente onerosa, considerando os desafios inerentes à avaliação da higidez do conjunto de medidas que foram adotadas pela contratada (essencialmente maleáveis às suas peculiaridades administrativas), bem como da existência de parâmetros fluidos e os conceitos indeterminados sobre os quais a administração pública deverá fundamentar seu juízo. Repise-se que o exame desses critérios se insere no espectro da avaliação objetiva da estrutura, consoante advertiu a Corregedoria-Geral da União.³⁸

Os desafios não param por aqui. Como já registrado anteriormente, o instrumento de contrato é parte integrante da licitação, devendo prever regras de execução objetivas. Do contrário, fere-se a isonomia que presidiu a licitação e o princípio do julgamento objetivo. Carlos Ari Sunfeld indica a existência de dois efeitos decorrentes da indeterminação do conteúdo do contrato: um primeiro, quando a indeterminação ocorrer no próprio edital de licitação, circunstância que viciará o próprio procedimento; um segundo, quando a indeterminação existe apenas no

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 112.

³⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 199.

³⁸ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR*. Brasília, 2018. p. 6. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

instrumento de contrato, haverá um descompasso entre o contrato e a licitação realizada, podendo gerar a invalidade do contrato ou a prevalência dos termos do edital.³⁹

Não é outra a interpretação de Marçal Justen Filho, para quem “o conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório”,⁴⁰ não podendo o contrato inovar o ato convocatório no tocante às condições essenciais para a licitação, tampouco sonegar a objetividade de cláusulas contratuais que possam influir na participação dos interessados.⁴¹

Logo, as incertezas decorrentes da avaliação futura quanto à implantação de programas de integridade já existentes no momento da fase externa da licitação podem, indiretamente, violar a regra que determina “a aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública”⁴² como um dos vetores da política internacional de prevenção à corrupção, anunciada na alínea “c” do artigo 9 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Com efeito, diante da subjetividade intrínseca do exame da aderência do programa de integridade implantado pela contratada, tanto a decisão de desconformidade como de conformidade poderão gerar questionamentos jurídicos, seja por órgãos de controle, pela sociedade civil ou por terceiros, dentre os quais os sucumbentes na disputa, situação que pode gerar insegurança jurídica e reflexos na administração pública, por instabilidade na execução dos serviços públicos dependentes da contratação.

Neste momento, propomos uma breve avaliação da exigência contratual de implementação completa de um programa de integridade pela contratada frente ao princípio da razoabilidade.

5.2.1 A obrigação contratual de implementação de um programa de integridade frente ao princípio da razoabilidade

Nos últimos anos, em razão da especialização do conhecimento, do aumento da percepção de risco na sociedade e da globalização das relações negociais, a hermenêutica jurídica evoluiu, deixando de priorizar a técnica da subsunção para a adoção da teoria da argumentação, ora imersa em uma perspectiva axiológica,

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato Administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 221.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 708.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 708.

⁴² BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 2006.

ligada à moral, que ressoa entre nós os efeitos do pós-positivismo jurídico. Nesse panorama, os princípios passam a ter a mesma vinculação jurídica que as regras. Com efeito, é pelos princípios que a argumentação jurídica é tonificada, sobretudo diante de casos difíceis, em que o intérprete deve buscar a interpretação que maximiza a coerência entre os valores da justiça, da equidade e do devido processo legal, desaguando no aclamado princípio da integridade,⁴³ como forma de melhor retratar a prática social do direito.

Por outro lado, a zona de discricionariedade que compete ao administrador público colmatar seu juízo para, no caso em que examinamos, adotar medidas destinadas à prevenção à corrupção como medida de justiça e equidade deve estar equilibrada com as diversas regras e princípios jurídicos que coexistem no sistema. Tal harmonização é instrumentalizada pelo princípio da razoabilidade, que constitui um “limite axiológico ao juízo do Administrador”,⁴⁴ compondo-se pelos vetores da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pela ponderação interna entre os fins e os meios justificantes.

Em apertada síntese, verifica-se que a razoabilidade ou a proporcionalidade, cujo sentido nos é equivalente para os fins deste artigo, é fortemente aplicada no direito alemão. Naquela jurisdição, a adequação é entendida como a opção aprioristicamente suficiente para que se alcance o objetivo almejado pelo ato ou norma. Por seu turno, a necessidade impõe a adoção da medida idônea menos onerosa à coletividade ou a terceiros. Já a proporcionalidade, em sentido estrito, representa a comparação entre o objetivo e o meio do ato ou da norma examinada, de tal forma que os efeitos da intervenção pública estejam equilibrados *vis-à-vis* os motivos que ensejaram a prática do ato ou da norma.⁴⁵

Desse modo, tendo em conta os possíveis efeitos da aplicação da obrigação na execução de um contrato administrativo, deve-se considerar que a finalidade do programa de integridade, consistente na prevenção de atos de corrupção, já foi objeto de tratamento em diversos dispositivos legais existentes no arcabouço normativo brasileiro.

Como destacamos anteriormente, sem criar obrigações específicas para os licitantes, a Lei Federal nº 8.666/93 previu diversas regras nos artigos 9º, incisos I e II; 11; 23, §1º; 65, §1º; 67, entre outros, que buscam preservar a finalidade

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 77 *apud* DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no Pós-Positivismo – Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 65.

⁴⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 183.

⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51.

da licitação e extração máxima dos postulados da isonomia entre os licitantes e da obtenção da proposta mais vantajosa pela administração.

A Lei Federal nº 8.666/93, neste aspecto, está em compasso com a tendência internacional de hipertrofia do grau de regulação dispensado à fase da competição na licitação. Christopher Yukins e Gabriella Racca destacam a existência de inúmeros passos necessários para atribuir maior integridade às contratações públicas. Registram, entre outros, que o excesso de regras pode ter o efeito adverso ao combate à corrupção e que medidas legislativas, isoladamente, não são suficientes para prevenir atos de corrupção em licitação. O sucesso na defesa do gasto público eficiente perpassa, necessariamente, pela profissionalização dos agentes públicos envolvidos e pela definição de uma regulamentação ética a eles direcionada, sem prejuízo de medidas que visem dar a maior transparência e monitoramento dos atos praticados nas licitações e que fortaleçam a livre competição entre os agentes de mercado.⁴⁶

Por outro lado, é verdade que a implementação de mecanismos de *compliance* a reger o relacionamento entre a administração pública e os contratados está inserida no contexto do sexto princípio de integridade nas compras públicas sugerido pela OCDE.⁴⁷

Todavia, tanto o sexto princípio como o quinto e o sétimo princípios, inseridos no capítulo terceiro do Guia da OCDE, dedicado às medidas de prevenção de condutas impróprias, conformidade e monitoramento, destacam inúmeras providências que devem ser incorporadas internamente pela própria administração pública, como a identificação de riscos dos quadros institucionais e os procedimentais inerentes ao processo de contratação pública, treinamento aos servidores públicos para criar a cultura da integridade, exigência de declaração de bens e de conflito de interesses dos servidores envolvidos, disposição de canais de denúncia com proteção do denunciante contra represálias, entre outras relevantes propostas ali enunciadas.

Portanto, a transferência da obrigação de implantação de mecanismos de integridade às pessoas jurídicas contratantes sem estar acompanhada de medidas para que a própria administração pública reformule e se dedique ao fortalecimento de seu aparato institucional e processual, conforme preconizado pelas melhores

⁴⁶ RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Steps for integrity in public contracts*. Bruxelles: Bruylant, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2570726. Acesso em: 6 jul. 2019.

⁴⁷ A OCDE defende que a cooperação entre a administração e o contratado deve ser um princípio a ser seguido, sobretudo por ocasião da administração da execução contratual. Eis o que é enunciado pelo princípio nº 6: “*Encourage close co-operation between government and the private sector to maintain high standards of integrity, particularly in contract management*” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. *OECD Publishing*, 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 36).

práticas internacionais para a prevenção da corrupção, pode ser considerada medida ineficaz para os propósitos colimados.

Calha, agora, retomar a avaliação da exigência de implantação de programas de integridade proposto pelas leis subnacionais sob a régua da razoabilidade.

A nosso ver, a proposta sucumbe já no exame de sua adequação e necessidade. Isso porque, embora não se negue que os programas de integridade sejam ferramentas hábeis a fomentar a cultura da prevenção à corrupção, a medida isoladamente considerada não será suficiente para atingir o objetivo almejado.

Os parâmetros internacionais existentes apontam em favor de uma ampla gama de ferramentas que devem ser adotadas e direcionadas à própria administração pública contratante, antes mesmo da imposição de gravames aos particulares interessados em contratar. Ademais, há medidas mais simples, como o treinamento de servidores, o aprimoramento da legislação disciplinar e estatutária visando à incorporação de códigos de ética e conduta, que não se tem notícia de estarem sob o patrocínio dos entes subnacionais, ao menos sob a mesma intensidade em que granjeou a criação de regras para adoção de programas de integridade pelos contratantes.

Veja que, sob o crivo da necessidade, há medidas menos onerosas aos licitantes e aos contratantes, detentores do direito fundamental à livre iniciativa, resguardado pelo artigo 170 da Constituição da República, diretamente arrefecido pela obrigação de implantação de programa de integridade em suas empresas. A generalização indiscriminada da exigência para as contratações públicas, apenas a partir de determinados valores – e não de objeto ou prazo de execução contratual – pode representar uma onerosidade excessiva à liberdade de organização empresarial de empresa, que se verá obrigada a implantar um programa de integridade em sua organização, pela mera execução de um único contrato administrativo.

Nesse compasso, embora o cotejo entre a livre iniciativa e a obrigação de constituição de programa de integridade pelas contratantes mereça um estudo aprofundado, que aqui se tornaria inadequado frente à extensão que restaria ao presente trabalho, apenas citamos que, ao encontro dos argumentos ora deduzidos, a Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, incluiu em seus princípios a intervenção subsidiária e excepcional do estado sobre o exercício de atividades econômicas.

Tal novel perspectiva legislativa não é inédita no direito brasileiro. Nessa esteira, trazemos à colação julgado do Supremo Tribunal Federal que reputou inconstitucional lei estadual que, a pretexto de fomentar o direito ao consumidor – matéria notoriamente submetida à competência legislativa comum concorrente e que não teria os mesmos desafios quanto à constitucionalidade formal da exigência de implantação de programa de integridade nas contratadas da administração

pública –, maculou o princípio da livre iniciativa ao exigir que todas as pessoas jurídicas do ramo de atuação (supermercados) tivessem determinados colaboradores à disposição dos consumidores. Confira-se excerto da ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE EMPACOTAMENTO EM SUPERMERCADOS.

(...)

3. Por outro lado, a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, caput, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

4. A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico.

Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte.

(...).⁴⁸

Ademais, vale lembrar que a única disposição normativa federal que estabelece normas gerais sobre medidas anticorrupção, a Lei Federal nº 12.846/2013, alçou a implantação de programas de integridade como elemento de diminuição da sanção administrativa a ser aplicada em face da prática de atos lesivos à administração pública, e não como obrigatoriedade, como proposto pelas leis subnacionais em exame, fator que extravasa, ainda mais, o exame da razoabilidade da exigência.

A incidência da obrigatoriedade de programas de integridade pelas leis subnacionais também avoca o questionamento quanto à igualdade de condições no acesso à licitação. Basta pensar no exemplo de determinada empresa, sediada em estado que não exige a implementação de programa de integridade para com ele contratar, ter que se adaptar para oferecer os mesmos bens ou serviços a

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 907. Relator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 24 de nov. de 2017. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017.

outro estado da federação, vizinho, que tenha em sua legislação regional exigência equivalente para firmar contratos administrativos.

Ademais, há questões jurídicas que reclamam o aprimoramento da proposta, dentre as quais o estabelecimento de parâmetros mais objetivos e claros quanto à decisão de conformidade ou desconformidade do programa de integridade, como também critérios que viabilizem que a dosimetria da penalidade resultante do descumprimento da obrigação contratual acessória leve em conta os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

6 Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que o atual silêncio da legislação nacional acerca de regras específicas que exijam um programa de integridade em funcionamento como requisito de contratação dos licitantes ou como obrigação contratual não autoriza que os entes subnacionais inovem legislativamente para fixar regras específicas relacionadas, uma vez que a matéria se amolda no âmbito de incidência das normas gerais, a partir da necessidade de uma definição homogênea dos requisitos para as compras governamentais, em homenagem ao princípio da isonomia. Ademais, tais regras subnacionais não têm qualquer conteúdo particularizante que justifique a atuação supletiva.

Ainda que superada a impressão extraída da interpretação dos critérios de repartição de competência constitucional, verifica-se que a avaliação, pela administração pública, quanto à conformidade ou não do programa de integridade para fins de habilitação é complexa e pode arranhar o critério do julgamento objetivo da licitação, regra reconhecida expressamente e incorporada na Convenção de Mérida contra a Corrupção.

Destarte, caso superadas as vicissitudes decorrentes da inconstitucionalidade formal orgânica, sob o aspecto material, a política pública relacionada à prevenção de corrupção nas compras governamentais, de acordo com as melhores práticas interacionais, reclama um conjunto de medidas de aperfeiçoamento institucional e procedimental a ser implantado no seio da própria administração pública. Dessa maneira, propostas que transfiram a execução dessa política pública à iniciativa privada poderiam se tornar inócuas para os fins propostos, ficando fragilizadas pelo exame da razoabilidade material da opção legislativa.

Portanto, embora os programas de integridade sejam importantes ferramentas para a prevenção à corrupção, é preciso respeitar, de um lado, a características de nossa federação, heterogênea, e a realidade dos diversos entes federativos que, obrigatoriamente, aplicam as regras gerais de licitação e contrato para as mais mezinhas atividades administrativas, em contratações de variados valores e

complexidade e, de outro, a ponderação entre a efetividade da medida e os efeitos que a obrigação causa ao direito fundamental de livre iniciativa.

Enfim, o avanço que se pretende é desafiador e merece reflexão nacional, evitando açoitamentos que possam gerar a perplexidade da sociedade sobre a atuação das instituições que, diante da quebra de segurança jurídica e da isonomia, possam vir a questionar a constitucionalidade de leis subnacionais sobre tema tão caro à realidade brasileira.

Referências

ARAÍPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: *nudge* ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 386-404, 2018.

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 97-106, abr. 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 29 out. de 2007. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 01 ago. 2017. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907. Relator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 24 nov. 2017. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de programas de Compliance. Orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de Compliance concorrencial*. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade De São Paulo, 90, p. 245-251, 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito Público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha. *Percepção da corrupção aumenta, e Brasil tem pior nota em ranking desde 2012*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/percepcao-da-corrupcao-aumenta-e-brasil-tem-pior-nota-em-ranking-desde-2012.shtml>. Acesso em: 3 jun. 2019.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=240712>. Acesso em: 6 ago. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43 out./dez. 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Artigo 2. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-80.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O regime jurídico-administrativo e os princípios da finalidade e da razoabilidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIO006.aspx?pdicntd=70741>. Acesso em: 5 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD Principles for Integrity in Public Procurement. *OECD Publishing*, 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Preventing Corruption in Public Procurement. *OECD Publishing*, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 18 out. 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Horácio Mendes Augusto de. A juridicidade da exigência de programa de integridade para participar de licitações e firmar contratos e outras parcerias com o Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 15, n. 15, p. 143-169, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato Administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1995.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GOMES, Denis Dela Vedova. Dos limites constitucionais à admissibilidade de cláusula anticorrupção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 173-201, out./dez. 2020.
