

ano 18 - n. 72 | abril/junho - 2018
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i72
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

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
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

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-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.

Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas

Compliance: Control Instrument in Public Bidding

Antonio Rodrigo Machado*

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
antoniorodrigomachado@gmail.com

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
paulo.carmona@uniceub.br

Recebido/Received: 26.07.2017 / July 26th, 2017
Aprovado/Approved: 15.08.2018 / August 15th, 2018

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a utilização do sistema de *compliance* como instrumento de controle de probidade nas licitações e contratos com a Administração Pública, sob o prisma de uma visão moderna acerca do desenvolvimento nacional sustentável. Na primeira parte do artigo, fica a exposição de todo o nosso complexo sistema de normas que protegem o erário, apresentando proposta de composição de um novo Sistema Legal de Defesa da Sociedade. Num segundo momento, busca-se a importância de aprimoramento das contratações públicas como ferramenta para o cumprimento das leis que tratam do combate à corrupção e respeito à transparência. Na terceira parte, resta demonstrada a total compatibilidade da exigência de programas de *compliance* nos editais de licitação como corolário de implementação dos princípios constitucionais e legais das licitações públicas no Brasil, a exemplo do que foi feito na nova Lei das Estatais aprovada em 2016. Finalmente,

Como citar este artigo / *How to cite this article*: MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 71-91, abr./jun. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i72.843

* Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília-DF, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente da Comissão de Legislação Anticorrupção e *Compliance* da OAB/DF. Advogado. *E-mail*: <antoniorodrigomachado@gmail.com>.

** Professor de Direito Administrativo, Urbanístico e Seguridade Social do Mestrado de Direito e Políticas Públicas e do mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília-DF, Brasil). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT (Brasil). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana – GPDDPU (UNICEUB). Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP (2012). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *E-mail*: <paulo.carmona@uniceub.br>.

é proposta a utilização de exigência, sob o comando da Constituição Federal e Lei Geral de Licitações e Contratos, nos editais de licitações públicas de programas de *compliance* pelas empresas interessadas em contratar com o Estado, independentemente de lei específica autorizando tal medida.

Palavras-chave: *Compliance*. Licitações públicas. Sistema legal de defesa da sociedade. Lei das Estatais. Desenvolvimento nacional sustentável.

Abstract: The purpose of this article is to reflect on the use of the integrity program, or compliance system, as a tool to control probity in biddings and contracts with the Public Administration, under the prism of a modern vision of sustainable national development. In the first part of the article is the exposition of all our complex system of norms that protect the treasury, presenting a proposal of a new Legal System of Defense of the Society. Secondly, the importance of improving public contracting as a tool for compliance with the laws dealing with the fight against corruption and respect for transparency is sought. In the third part, the compliance requirements in the bidding documents have been fully complied with as a corollary of the implementation of the constitutional and legal principles of public tenders in Brazil, as was done in the new State Law.

Keywords: Compliance. Public biddings. Legal system of defense of the society. State companies law. Sustainable national development.

Sumário: **1** Introdução – **2** *Compliance* como exercício do Poder de Polícia Administrativa: a dinâmica da fiscalização em razão da legislação anticorrupção – **3** *Compliance* e os princípios das licitações públicas – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

Desde que pesquisas sobre os principais problemas do país são feitas em consulta aos cidadãos, apenas recentemente a corrupção apareceu de forma inédita em primeiro lugar como principal preocupação dos brasileiros.¹ Está acima de questões como saúde, educação e segurança pública. Infelizmente, essa ascensão não se deve às melhorias ocorridas em outras áreas sociais, mas sim ao constante desvendamento de escândalos cada vez mais sofisticados e surpreendentes de agentes públicos e particulares que privatizaram ilegalmente o patrimônio público.

Dentro desse contexto, o sistema de combate ao ilícito envolvendo dinheiro público não pode ficar restrito apenas ao âmbito da Administração Pública, demandando uma participação geral de toda a sociedade na busca por um novo modelo de desenvolvimento nacional sustentável. As pessoas jurídicas, principalmente aquelas que possuem algum tipo de relação direta com o Estado, a exemplo das que participam de licitações e contratos administrativos, têm um papel relevante a cumprir. E nesse ponto o estabelecimento de um programa interno destinado

¹ Fonte: Datafolha. Data da pesquisa: 25 e 26 nov.15. Entrevistados: 3.541 em 185 municípios. Margem de erro: 2 p.p. Soma pode não dar 100% devido a arredondamentos (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>).

ao controle e prevenção de atos lesivos à Administração Pública (art. 5º da Lei nº 12.846/2013) torna-se ferramenta elementar. A denominação desse novo instituto no ordenamento brasileiro é o propalado Programa de Integridade da pessoa jurídica ou, como bastante conhecido em sua expressão na língua inglesa, o sistema de *compliance*.

O *compliance* existe em razão da necessidade de desenvolvimento de um programa interno da empresa destinado a identificar/evitar ilícitos envolvendo dinheiro público, mas também tem sido utilizado como mecanismo fiador de uma boa administração empresarial para o mercado, patrocinando relações confiáveis entre pessoas jurídicas de direito privado no Brasil e no exterior.

O sistema de *compliance* surge no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência do artigo 12, 2, f, do capítulo II da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.² Mas é com a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013 (art. 7º, VIII), e sua regulamentação, que o programa de integridade é agregado ao sistema de combate à corrupção.

Esse sistema de proteção define o papel das empresas, decorrente de sua função social, na perspectiva de combate à corrupção e demonstra a essencialidade de investimento na integridade dos serviços, contratos e parcerias com fornecedores, colaboradores e clientes para a manutenção de uma sólida atividade profissional. O programa de integridade possui cinco eixos básicos e centrais: 1. Comprometimento e apoio da alta direção da empresa contra atos ilícitos; 2. Definição de instância responsável pelas informações e denúncias; 3. Análise de perfil e riscos de todas as atividades; 4. Estruturação das regras e instrumentos internos de denúncia; e 5. Estratégias de monitoramento e formação contínuos dentro dos setores das empresas.

Antes restritos às áreas específicas, os assuntos de *compliance* hoje integram a agenda da maioria dos grandes negócios e das transações comerciais e financeiras. Há muito tempo exigido por parte considerável do mercado de transações comerciais internacionais, o programa de integridade tornou-se ferramenta essencial para as empresas nacionais e estrangeiras que exercem atividades no Brasil, a partir da edição da Lei Anticorrupção. Participar dessa rede de integridade traz segurança às negociações comerciais, solidez ao princípio de compromisso empresarial com a licitude de suas ações e demonstra para toda a sociedade que a atividade está ligada a valores concretos de combate à corrupção.

² Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Artigo 2, 2, f: "Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação;"

Além de tais consequências positivas, a existência do programa de integridade assegura um tratamento diferenciado à empresa que identifica algum ato lesivo à Administração Pública dentro das suas estruturas, o que, por si só, justificaria sua adoção, vez que a Lei nº 12.846/2013 definiu a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado que cometerem atos lesivos ao patrimônio público, uma possibilidade de prejuízos incalculáveis às pessoas jurídicas.

Mas a ideia do presente artigo é analisar todas as circunstâncias do programa de integridade sob o olhar do Poder Público, convertendo esse instrumento como ferramenta essencial no combate aos ilícitos praticados contra o Estado. Como se trata de instituto importado da legislação estrangeira, a investigação será permeada pela necessidade de atendimento ao interesse público e vestida com as circunstâncias normativas e culturais do nosso ordenamento jurídico.

Mesmo sendo diretamente ligado ao Direito Empresarial, aqui a análise do instituto de *compliance* pretende dar ênfase à possibilidade da utilização do programa de integridade na condição de política pública, dentro do papel de desenvolvimento nacional sustentável, destinada ao estímulo de ferramentas mais eficazes de combate à corrupção. A proposta é esmiuçar a legislação que define as regras da contratação de obras, serviços e compras por parte do Estado, para saber se é possível a inserção de requisitos de *compliance* nas exigências definidas para a avença a ser firmada entre particular e Poder Público, além de definir parâmetros elementares para que isso seja concretizado por meio dos editais de licitação.

A discussão sobre o tema perpassa pela investigação da necessidade administrativa de tal inovação em instrumentos de licitação como adequação à legislação anticorrupção. Essa demanda advém da vontade de proteção da máquina estatal ao conjunto de normas que definem os ilícitos desse setor e estabelecem instrumentos para o seu enfrentamento no contato com empresas. Nesse sentido, como indicação da obrigação de adequação de todas as esferas de contratação da Administração Pública, apresenta-se aquilo que o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto³ chama de “Sistema Legal de Defesa da Moralidade” ou, como se tem denominado recentemente, o Microssistema de Combate à Corrupção.

Esse sistema seria composto pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações, Lei da Ficha Limpa, Lei de Defesa da Concorrência e Código Penal, mas com a crescente evolução normativa da matéria serão apresentados aqui novos

³ De acordo com o Professor Diogo de Figueiredo, o Sistema Legal de Defesa da moralidade é composto pela “Lei nº 8.429/1992 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa); pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei nº 8.666/1993); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

textos legais na condição de proposta de inserção nesse conjunto a legislação internacional ratificada pelo Brasil e outras leis que possuem caráter direto ou indireto sobre o tema. Aqui o artigo pretende dar uma dimensão maior à importância da utilização do *compliance* em razão da enorme quantidade de leis que regulamentam o combate à corrupção.

É exatamente esse conjunto de normas que garante a proteção do Estado e pode exigir um tratamento de cautela com a promoção de política pública destinada à promoção de um ambiente empresarial mais consciente do seu papel em respeito ao erário.

2 *Compliance* como exercício do Poder de Polícia Administrativa: a dinâmica da fiscalização em razão da legislação anticorrupção

O debate sobre o enfrentamento aos ilícitos relacionados à corrupção não se dá apenas em âmbito local. Essa é uma preocupação mundial com participação e interlocução de diversos organismos dos mais diversos países. Tais movimentações internacionais têm influenciado a materialização do Direito no Brasil. Algumas das recentes normas brasileiras de combate à corrupção, por exemplo, são frutos dessa globalização.⁴

Corrupção é conceito jurídico aberto. Na definição de Norberto Bobbio,⁵ corrupção “designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura”.

Muito embora o conceito de Norberto Bobbio classifique a corrupção apenas como sendo o ato ilegal desempenhado pelo servidor estatal, a legislação brasileira também inclui nesse tipo de ilícito os atos promovidos pelo particular em face do Estado, seja agindo em conluio com representante do poder público ou individualmente. E é exatamente nessa relação, particular e agente público, que o risco de dilapidação do erário é muito maior.

Pela extrema dificuldade de apuração dos dados relacionados aos números da corrupção, não há um índice preciso que possa definir os setores com maior risco, mas a ligação entre atos de corrupção e contratação pública de serviços,

⁴ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98: “Fenômeno que aparece a partir da década de 80, portanto, no final do século XX, impulsionado pela aceleração da informação e comunicação a partir das transformações tecnológicas, em conexão com os diversos processos econômicos, sociais e políticos”.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira *et al.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 292.

compras e obras públicas está no centro dos principais casos de corrupção do país. As licitações e contratos administrativos demandam um grau maior de cuidado daqueles responsáveis pela fiscalização do dinheiro público. Do controle interno ao externo.

Essa fiscalização passa, em certa medida, pelo Poder de Polícia da Administração, que é a atividade definida pela lei para a imposição de limites à liberdade do particular em razão do interesse público.⁶ Para se saber o alcance do Poder de Polícia nos processos licitatórios e sua correlação com a fiscalização do dinheiro público, a identificação das normas que regem essa relação, seja no campo das sanções ou da regulamentação, é peça elementar para identificação da necessidade de implementação do programa de integridade na condição de política pública dentro do processo de concorrência entre empresas que querem contratar com a Administração. Será importante uma análise completa acerca da legislação destinada ao estabelecimento de normas que possam combater o ilícito cometido em face do erário, formando assim uma posição acerca da importância conferida pelo ordenamento jurídico ao tratamento do tema.

Para essa necessidade de fiscalização será importante a formação de um verdadeiro “Sistema Legal de Defesa da Moralidade”, nos termos definidos por Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁷ como já apresentado aqui. Para o professor, esse sistema seria formado pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações, Lei da Ficha Limpa, Lei de Defesa da Concorrência e Código Penal, o que aqui se pretende aprimorar.

Para além daquilo definido pelo doutrinador, propomos um sistema ainda mais amplo com normas que possuam caráter preventivo no fomento à transparência somadas às normas com conteúdo punitivo. Nesse sentido, são leis que compõem esse sistema de combate à corrupção no Brasil são: a) Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei da Ação Popular; b) Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, definem os chamados crimes de responsabilidade; c) Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública; d) Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho Branco); e) Lei nº 8.112, de 11 de

⁶ Para MAYER, “O Poder de Polícia consiste na ação de autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública” (MAYER, OTTO. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Deplama, 1950, t. II, p. 19).

⁷ De acordo com o Professor Diogo de Figueiredo, o Sistema Legal de Defesa da moralidade é composto pela “Lei nº 8.429/1992 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa); pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei nº 8.666/1993); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

dezembro de 1990, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, estabelece o controle de conduta dos agentes públicos da União com diversos delitos enquadrados como corrupção a partir do artigo 132; f) Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa; g) Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações com crimes relacionados às fraudes definidos nos artigos 89 a 99; h) Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, Lei de Lavagem de Dinheiro que, entre outras coisas, criou o COAF; i) Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal; j) Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, Lei de Transparência; l) Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, Lei da Ficha Limpa; m) Lei nº 15.529, de 30 de novembro de 2011, lei que regulamenta repressão às infrações contra a ordem econômica (Defesa da Concorrência); n) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso às Informações Públicas; o) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que estabelece o regramento do conflito de interesses no serviço público federal; p) Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, Lei Anticorrupção ou Lei de Combate à Corrupção das Pessoas Jurídicas; e q) Código Penal do artigo 312 ao 359-H.

Soma-se a esse conjunto de normas, a recente Lei nº 13.303, de 16 de junho de 2016, que regulamentou o estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista da União, estados, Distrito Federal e municípios no Brasil. Setor do Estado em que se concentrou uma boa parte dos escândalos de corrupção no país, a Lei das Estatais trouxe como uma das suas principais inovações a imposição de diversas regras de boa governança e *compliance*.

Além das normas nacionais, estão entre os mais importantes documentos internacionais que o Brasil ratificou, tornando-se parte do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, que promulgou a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção assinada em 1996 (OEA), o Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulgando a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 1997, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Econômico (OCDE),⁸ e o Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção das Nações

⁸ “Em dezembro de 2007, o Brasil ainda não tinha tomado as medidas necessárias para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas pelo suborno de funcionário público estrangeiro de acordo com seus princípios legais. Da mesma maneira, os examinadores concluíram que o atual regime estatutário para a responsabilidade de pessoas jurídicas nos termos da legislação brasileira é inconsistente com o Artigo 2 da Convenção. Os examinadores consideram essa situação como uma falha grave da lei que necessita ser urgentemente corrigida” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007*, p. 63. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 01 maio 2014).

Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 2003 (ONU).

A partir desse levantamento e com as atenções sempre voltadas para o respeito ao Estado Democrático de Direito e na defesa das garantias fundamentais, a investigação dos elementos normativos na legislação infraconstitucional demonstra a complexidade do sistema brasileiro de combate à corrupção. Normas que classificam crimes e estabelecem penas, outras que definem parâmetros para a sua apuração e até mesmo leis destinadas apenas à prevenção, a exemplo da Lei de Acesso às Informações Públicas, indicam a importância dessa proteção normativa do dinheiro público.

Fora dessa proposta de listagem do sistema de combate à corrupção, ainda existem as leis que versam sobre abuso de poder econômico e político na esfera eleitoral, além das normas regulamentares, a exemplo do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, portarias da Controladoria da União e decisões dos Tribunais de Contas. Por fim, no topo dessa pirâmide normativa, a Constituição comanda uma Administração Pública trilhada nos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, conceitos que regem a probidade no uso da máquina pública.

A análise da legislação vigente torna-se essencial para uma melhor compreensão da complexa estrutura jurídica de combate à corrupção em vigência e, conseqüentemente, demonstra a necessidade da divisão de tarefas entre poder público e iniciativa privada para uma política de efetivo combate a esse tipo de ilícito.

Diante de um vasto ambiente normativo que impõe a tramitação legal de todos os negócios que envolvam o dinheiro público, a atuação estatal no cumprimento das leis e o estímulo ao desenvolvimento de um mercado mais consciente de seu papel fazem com que a Administração Pública tenha que exercer o Poder de Polícia em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado.

A fiscalização para evitar a evasão de dinheiro público e o controle das diversas modalidades de contratos administrativos são obrigações decorrentes do Poder de Polícia. Nesse sentido, ao Estado não restaria apenas o papel do Direito Sancionador quando da constatação de um dano ao erário, mas também o estímulo de práticas preventivas destinadas a evitar que infração ocorra.

No primeiro caso, possuiria relação com a aplicação da pena e, portanto, afeta ao Direito Administrativo Sancionador, mas no segundo estaria dentro do rol de limitações da liberdade particular com o escopo de precaução de atos lesivos à Administração Pública. A existência de um programa de *compliance*⁹ nas empresas

⁹ “A ideia geral típica do Direito administrativo francês do século XIX (desenvolvida no século XX) é simples e definitiva: quem tem prerrogativas deve se submeter a sujeições. E quanto mais prerrogativas, mais sujeições. A liberdade oitocentista demonstrou-se ineficaz e deletéria tanto à iniciativa pública, quanto à

que pretendam contratar com o poder público como requisito para a participação em licitação seria permitido em razão do poder de polícia administrativa. Trata-se de limitação da liberdade empresarial em razão de um comportamento de integridade exigido às pessoas jurídicas que pretendam manter alguma espécie de vínculo com o Estado. A orientação de parâmetros estruturais mínimos de combate a irregularidades para uma empresa que tenha interesse em firmar alguma espécie de avença com a Administração Pública é pleno exercício de polícia administrativa.

Alguns autores, a exemplo do Dal Pozzo, sustentam que a Lei Anticorrupção existe em decorrência exatamente desse Poder de Polícia do Estado¹⁰ que, concordando com a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello é o poder conferido ao Estado para limitar a liberdade e propriedade com a finalidade de cumprir objetivos públicos.¹¹ Assim a liberdade de participar de licitações ou fornecer bens e serviços ao Estado estaria condicionada ao não praticar atos lesivos à Administração Pública definidos pela lei.

O programa de integridade na Lei Anticorrupção possui a instrumentalização de elemento atenuante do poder sancionatório, vez que o art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção define o sistema como diminuição de pena. Mas, diante do arcabouço normativo relacionado ao tema do combate à corrupção, a inserção do programa de *compliance* como requisito a ser exigido às empresas que pretendam contratar com a Administração Pública, mesmo sem legislação específica, é instrumento do exercício do poder de polícia administrativa destinado a coibir práticas manifestamente danosas¹² e expurgadas pela legislação.

3 *Compliance* e os princípios das licitações públicas

Diante desse Sistema Normativo de Defesa da Sociedade, a necessidade de novos requisitos de proteção inseridos no processo de escolha das empresas que

iniciativa privada. Em resumo: *compliance* tem tudo a ver com um Estado social, e ético, de Direito. Johan Kenneth Galbraith foi feliz quando, ao tratar das 'fraudes inocentes' das corporações, assim concluiu: 'o bom comportamento das empresas, com regulamentações efetivas, é do maior interesse público'." GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

¹⁰ DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 853. Apresenta a seguinte definição de polícia administrativa: "a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhe os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo".

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 820.

vão licitar com a Administração Pública é decorrência direta do Poder de Polícia. Dentre as medidas que podem ser tomadas, a construção de um programa de integridade faz parte da divisão de atribuições, setor público e iniciativa privada, para a defesa do patrimônio público.

O sistema de *compliance*, como proposta de novo elemento de escolha de empresas contratadas pelo Estado é oriundo, também, da responsabilidade definida pela norma às pessoas jurídicas. Sob o paradigma de submissão das empresas ao interesse público, o estabelecimento por parte do Estado às pessoas jurídicas de ferramentas internas para o combate à corrupção é decorrente também da sua função social (art. 5º, XXIII, e 175, IV, da CF).

Levando-se em conta a função social da propriedade, o princípio constitucional da moralidade e o Sistema Legal de Defesa da Sociedade, os requisitos estabelecidos para o programa de integridade na regulamentação da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, Lei Anticorrupção, por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015,¹³ poderiam ser exigidos diretamente às empresas que desejassem participar de licitação de obras ou serviços pela Administração Pública como corolário desses ditames normativos.

A obrigatoriedade estabelecida em edital de contratação para a apresentação de mecanismos de *compliance* por empresas trata-se de questão decorrente diretamente do Poder Polícia da Administração Pública, uma vez que interfere na

¹³ DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015: Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

aplicação de mecanismos fiscalizatórios e converge ao conceito do exercício de controle mais eficiente, já que o Estado passará a contar com o exercício de fiscalização também na estrutura interna das empresas privadas, sob o argumento do atendimento de objetivos públicos. Dar enfoque ao interesse da Administração Pública na organização interna das empresas pode definir quem poderá contratar com o poder público ou que com ele tenha interesse de firmar qualquer espécie de vínculo. Isso, por consequência, poderá interferir diretamente nas licitações e contratos administrativos.

Ao exercer o seu poder fiscalizador em face das empresas privadas (art. 174 da CF), o Estado promove a coação perante possíveis atos lesivos à Administração Pública, mas é essencial adentrarmos a regulamentação específica da Lei de Licitações para uma investigação da compatibilidade dessa fiscalização por meio do sistema de *compliance*.

O artigo 37,¹⁴ XXI, da Constituição Federal estabelece:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O comando constitucional exigiu, portanto, as seguintes regras para a escolha de empresas que vão contratar com a Administração Pública: a) igualdade de condições entre os participantes; b) cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento; c) manutenção de condições efetivas da proposta; e e) exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis às garantias do contrato.

Insta lembrar que os quatro requisitos para a contratação de obras, serviços, compras e alienação públicos estão, antes de mais nada e conforme indicativo do *caput* do art. 37 da CF, submissos aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentou o artigo 37,¹⁵ XXI, da Constituição Federal, para estabelecer normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Em objetiva definição dos escopos da licitação pública, a norma externou já no art. 3º:

¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Pelo texto da norma e em consonância com os desafios do presente trabalho, extraem-se quatro objetivos do processo licitatório que possuem direta ligação com o interesse público ligado à proteção do erário: a) Garantia da observância do princípio constitucional da isonomia; b) Proposta mais vantajosa para a Administração; c) Promoção do desenvolvimento Nacional Sustentável; c) Julgamento em estrita conformidade com os princípios da moralidade e da probidade administrativas.

Somando o texto constitucional à norma específica, podemos afirmar que no processo licitatório brasileiro deverá existir a) igualdade de condições entre os participantes, b) o estabelecimento de cláusulas que garantam a obrigação de pagamento, seja pelo particular ou poder público, c) manutenção das condições efetivas da proposta e das qualificações técnica e econômica. Tudo isso diante da vontade administrativa de um processo que garanta o d) princípio constitucional da isonomia, de escolha da e) proposta mais vantajosa para a Administração, sendo ainda f) propulsor do desenvolvimento Nacional Sustentável e definido por g) meio de julgamento em estrita conformidade com os princípios da moralidade e probidade administrativas.

E são exatamente esses princípios da moralidade e probidade administrativas que exigem da Administração Pública a utilização de todos os recursos existentes no ordenamento jurídico para a fiscalização do dinheiro público. O estabelecimento de regras para a licitação de obras e serviços públicos deve, a partir dos requisitos estabelecidos em lei e seguimento dos princípios constitucionais, buscar o combate à corrupção por mecanismos eficientes que produzam melhor resultado em benefício da sociedade.

3.1 Os princípios das licitações públicas e o *compliance* na nova Lei das Estatais

A Lei nº 13.303, de 16 de junho de 2016, regulamentou o estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista da União, estados, Distrito Federal e municípios no Brasil. Uma das principais inovações da norma foi a imposição de diversas regras de boa governança e *compliance* na propalada Leis das Estatais.

A lei exige um forte sistema interno de controle, a prática de gestão de riscos, um comitê independente com formação estatutária de auditoria e até mesmo a obrigatoriedade de aprovação de um Código de Conduta e Integridade, além da criação de Canal de Denúncias. O programa de *compliance* das empresas estatais está organizado em três pilares centrais: controle interno bem definido, gestão de riscos e Comitê de Auditoria Estatutário.

No art. 9º, §1º, a Lei das Estatais impõe a criação de um Código de Conduta que apresente: princípios, valores e missão das pessoas jurídicas; orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção; Instâncias internas de controle do código; Canal de Denúncias internas e externas; mecanismos de proteção aos denunciantes; sanções aplicáveis em caso de violação; e previsão de treinamento e formação constantes aos empregados e diretores sobre o Código de Conduta e Integridade. Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, tais instrumentos foram apresentados de maneira tão minuciosa em lei. Vale lembrar que o programa de integridade está na Lei Anticorrupção apenas como mecanismo de redução de pena, ficando boa parte dos elementos trabalhados aqui para a regulamentação da lei.

A norma decidiu por dividir os setores de *compliance* e auditoria interna, destinando a ambos uma série de mecanismos de proteção. No §2º do art. 9º, a Lei estabelece que a área de *compliance* estará vinculada diretamente ao diretor-presidente e ficará vinculada a diretor estatutário, garantindo assim uma atuação independente. Já a auditoria interna (§3º, art. 9º) ficará vinculada ao Conselho de Administração.

Uma garantia muito importante estabelecida pela Lei em relação às duas áreas é a formação de uma estrutura interna independente e com formação por meio de comitês estatutários, o que resulta no estabelecimento de fortes mecanismos de proteção frente aos interesses de pessoas denunciadas e garante proteção aos responsáveis pelo setor. Essa composição precisa garantir que os responsáveis pelo trabalho de *compliance* possam trabalhar com sistema de proteção aos denunciantes, trabalho investigativo sério e protegido de pressões internas ou externas.

Mas é a partir do seu artigo 31 que a Lei das Estatais se aproxima da utilização da licitação na condição de política pública destinada a garantir maior probidade. A norma apresenta suas disposições de caráter geral sobre licitações e contratos públicos, definindo que o significado de proposta mais vantajosa como sendo, entre outros atributos, aquela destinada a “evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento”. Sem prejuízo de repetição, a Lei das Estatais, na contratação de obras e serviços, se vincula aos princípios constitucionais da moralidade, probidade administrativa, desenvolvimento nacional sustentável, dentre outros.

Especificamente, no que diz respeito aos ditames desse sistema de licitações na Lei das Estatais, uma das novas diretrizes estabelecidas para a contratação pública é “observação da política de integridade nas transações com partes interessadas”, disposta no art. 32. A realidade do mercado empresarial, que já exige um forte vínculo com práticas de *compliance* para o firmamento de contratos pela iniciativa privada, foi incorporado materialmente na Lei nº 13.303, de 2016, porém o legislador não compreendeu ser necessário estabelecer os exatos termos dessa obrigatoriedade programática, delegando aos instrumentos convocatórios de licitação os parâmetros de sua aplicação.

Isso se deve ao fato que a exigência de mecanismos de integridade nas licitações e contratos públicos não tem origem, como já demonstrado, em outra fonte que não seja a própria Constituição Federal e o efetivo cumprimento de todas as normas envolvendo a proteção do serviço público. Direcionar as atenções e fiscalização das empresas estatais às políticas de integridade nas transações com pessoas jurídicas contratadas e contratantes é princípio que se materializa com o estabelecimento do *compliance*. Essa tarefa significa que, ao firmar contrato com ente privado, a estatal deve definir qual o grau de proteção ao patrimônio público vai estabelecer para além das regras comuns de economia de valores, pretendidas numa licitação.

3.2 A compatibilidade específica de cada princípio com a exigência do programa de *compliance*

Para uma minuciosa exposição da possibilidade de inserção do sistema de *compliance* como fundamento do exercício do Poder de Polícia, será avaliada, ao longo de todo o trabalho, a compatibilidade de tal medida com os princípios elencados na Lei de Licitações.

a) *igualdade de condições entre os participantes (CF) e Garantia da observância do princípio constitucional da isonomia (Lei de Licitações)*: não é só o Estado e, em especial, a prestação de serviços públicos que sofrem com os efeitos da corrupção. A concorrência desleal, os preços superfaturados e oportunidades restritas de negócios são danos imputados à atividade econômica que impedem a livre concorrência e o crescimento de novas empresas. A igualdade de condições entre os participantes da concorrência pública está viciada se algum dos participantes comete ato lesivo à Administração Pública. O estabelecimento de instrumentos, já existentes na legislação, que garantam maior segurança à igualdade de condições no sentido de tratamento imparcial no julgamento das propostas é ferramenta essencial ao cumprimento do comando constitucional para o processo licitatório.

A existência de programa de integridade como elemento de escolha para que uma empresa participe de concorrência pública seria política destinada a estimular diversidade de atores que apresentem a melhor proposta do ponto de vista técnico, mas também a opção financeira mais condizente com a prestação do serviço, a venda do produto ou a construção da obra perante o setor público. Preços defasados em licitações muito disputadas ou superfaturados quando da presença de cartéis são problemas enfrentados também pelos concorrentes que não participam de atos de corrupção, servindo a utilização de mecanismos de integridade como mais uma ferramenta de combate às ilicitudes contra o poder público.

Em resumo, a exigência do programa de *compliance* é materialização de defesa da livre concorrência, base da ordem econômica brasileira, nos termos do art. 170, IV, da Constituição Federal. Sua inserção na disputa comercial entre aquelas pessoas jurídicas que pretendam contratar com o poder público é instrumento de promoção da boa governança empresarial.

b) cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento: a sanidade financeira de uma empresa depende muito das suas condições de credibilidade perante o mercado e o bom funcionamento do controle interno de suas finanças. Quando o Decreto nº 8.420/2015 regulamentou a Lei Anticorrupção, definiu o instituto como sendo “o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia”.¹⁶ O estabelecimento de regras de auditoria com um sistema voltado à defesa da empresa e de suas relações com o Estado serve, diretamente, à garantia de segurança das finanças do próprio particular. Isso mantém o contrato administrativo em patamares mais sólidos e com menos riscos de crise.

Em paralelo, a existência do sistema de *compliance* traz mais um fator de confiança nos pagamentos feitos pela Administração Pública, vez que na existência de denúncia contra a empresa, demonstração de investigação interna transparente e informações prestadas às autoridades de fiscalização podem reduzir o risco da interrupção dos serviços e, até mesmo, de manutenção do pagamento. Nesse caso, quando uma possível irregularidade apresentada é tratada de maneira séria e resta demonstrado o compromisso da alta direção da empresa na análise do

¹⁶ Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015: “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, 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. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

problema, a confiança administrativa pode ser mantida com o isolamento da questão e sua apreciação por particular e órgãos de controle, ocasionando um melhor cenário para a obrigação do pagamento pelo serviço prestado à Administração.

c) *manutenção de condições efetivas da proposta*: a análise de perfil e riscos de todas as atividades desempenhadas pela empresa é um dos requisitos do programa de integridade definido na regulamentação da Lei Anticorrupção. Esse elemento busca definir uma classificação dos setores mais difíceis para a atuação da empresa. Se uma área sofre com maiores dificuldades para o desenvolvimento dos trabalhos ou o local onde os serviços serão prestados rende uma atenção maior, essas informações devem estar identificadas pelo programa de integridade da pessoa jurídica de direito privado.

A título de exemplo, uma obra que necessitará de acompanhamento maior da área ambiental terá como consequência lógica a necessidade de um contato permanente com órgãos de fiscalização ambiental. Isso ocasiona um aumento no nível de risco da atividade empresarial naquele serviço. Ainda a título de exemplo, se os órgãos de fiscalização ambiental envolvidos na questão possuem um histórico de casos de corrupção, obviamente os riscos da execução contratual são elevados em razão das circunstâncias fáticas, o que demanda maiores mecanismos de controle.

O programa de *compliance*, nesse sentido, funcionará como garante de fiel análise dos dados necessários ao controle da proposta a ser feita pelo particular. Um comitê de *compliance* ficará encarregado internamente de investigar as informações antes da apresentação da proposta e enviará para a alta direção da empresa os riscos de subfaturamento ou superfaturamento ocasionados em virtude de relacionamentos subjetivos dos responsáveis pela participação na concorrência pública. A análise do perfil empresarial e dos riscos de suas atividades é também uma das formas de conjunção do programa de integridade e vontade constitucional materializada no art. 37, XXI, da Constituição.

d) *exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis às garantias do contrato*: a exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis às garantias do contrato são premissas que ratificam a necessidade administrativa da exigência do programa de integridade. Num cenário de exigências do próprio mercado, ter qualificação técnica e econômica é condição de empresas com solidez e proteção em face de irregularidades que possam comprometer sua imagem perante a sociedade.

A qualificação técnica de uma empresa não pode ser demonstrada apenas pela capacidade de desenvolvimento do trabalho contratado pela Administração Pública, mas também pela sua capacidade em lidar com esse tipo de cliente e de estabelecer regras próprias para a contratação com o setor público. O fiel

cumprimento das regras normativas de combate à corrupção com a divisão de responsabilidade na fiscalização entre contratante e contratado poderá ser atestada por meio do programa de integridade da empresa.

Já no aspecto de qualificação econômica, a manutenção de mecanismos de integridade, auditoria e denúncia tem o condão de patrocinar uma estabilidade financeira à empresa, já que seus instrumentos internos poderão detectar a perda de recursos por atos de corrupção ou evitar sanções econômicas que acarretam inviabilidade da continuidade de suas atividades.

e) Proposta mais vantajosa para a Administração: diante do cenário de elevação dos problemas relacionados aos atos de corrupção, a proposta mais vantajosa para a Administração não será apenas aquela com o menor preço ou a que apresentar o melhor objeto. Ter a garantia de que o prestador do serviço é um particular preocupado com as regras de *compliance* é vantagem para o administrador, para o servidor público e, especialmente, para o cidadão que depende da execução do contrato firmado.

Os danos ocasionados por fraudes públicas são incomensuráveis e não estão apenas relacionados com a perda de dinheiro, mas também com o atraso de obras e da entrega de bens, além de afetar diretamente a confiança nas estruturas estatais, acarretando problemas até mesmo emocionais na população. A proposta mais vantajosa não depende apenas de critérios financeiros, mas também de outros elementos definidos pelo ordenamento jurídico para o sistema de licitações públicas. No critério de vantagem à Administração Pública os custos da contratação devem ser analisados por diversos aspectos e, entre eles, as estruturas direcionadas à probidade da empresa. Uma pessoa jurídica que tenha maior facilidade em servir às fraudes contra o erário traz um custo negativo e concreto à sociedade e ente público.

A presença de um programa de integridade pode servir como compromisso da alta direção da empresa com a moralidade administrativa e demonstrar mecanismos concretos de fiscalização interna do funcionamento da pessoa jurídica particular.

c) Promoção do desenvolvimento nacional sustentável: o último tópico de demonstração da consonância entre o estabelecimento do programa de integridade na condição de requisito para a contratação de obras e serviços públicos é, na verdade, o mais importante. Quando o art. 3º da Lei nº 8.666/93 concretizou a licitação pública como mecanismo de promoção do desenvolvimento Nacional Sustentável, pretendeu ratificar a finalidade de critérios de políticas públicas na concorrência estatal. O desenvolvimento sustentável não pode ficar restrito apenas à análise de uma vinculação direta ao fator ambiental, como se costumava limitar.

O adjetivo sustentável como qualificação para desenvolvimento surgiu pela primeira vez na Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento das Nações Unidas em 1991. De lá para cá esse conceito foi sendo modificado para não ficar mais restrito à seara das discussões sobre meio ambiente e sim alargar sua inserção em razão de aspectos sociais, culturais e políticos.

Para Sachs,¹⁷ as dimensões de sustentabilidade são seis: ecológica, econômica, social, espacial ou territorial, cultural e política. A dimensão da sustentabilidade econômica estaria ligada ao desenvolvimento financeiro e produtivo com bases sólidas de respeito ao bom ambiente de negócios nas esferas privada e pública. Mas não apenas a dimensão econômica possui ligação com um processo licitatório que promova bons instrumentos de fiscalização anticorrupção, os aspectos sociais e políticos determinam o estabelecimento de ferramentas eficientes para o combate ao ilícito promovido contra a Administração Pública.

O desenvolvimento nacional de políticas sustentáveis passa por questões econômicas e sociais, além da questão ambiental. Ser sustentável possui forte vinculação com eficiência e responsabilidade social no compromisso firmado para a prestação de serviços e construção de obras públicas. A Lei de Licitações definiu que a contratação pública não terá apenas o objetivo financeiro, mas também outros escopos relacionados ao interesse público em que, na presente proposta, enquadra-se o combate à corrupção como instrumento de melhores condições de vida para os cidadãos, a partir de maior eficiência na execução de serviço público.

Nesse mesmo sentido são as políticas públicas introduzidas nos processos de licitação, a exemplo das políticas de desenvolvimento da indústria nacional, da microempresa e da fiscalização de direitos trabalhistas, como já existentes na própria Lei nº 8.666. Em resumo, a licitação, além do aspecto financeiro, deve atender a outros objetivos da Administração Pública e da sociedade. Assim se justifica o papel das licitações como instrumento de políticas públicas com fins dissociados daqueles meramente econômicos.

4 Conclusão

As licitações e contratos da Administração Pública representam um setor de risco da atuação estatal, já que envolvem transações financeiras entre poder público e empresas particulares. Isso, por si só, somado ao alto índice de corrupção vivenciado no Brasil são argumentos de alta conta para o estabelecimento de cuidados extraordinários por parte do controle interno do ente federativo e dos órgãos públicos.

¹⁷ SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Nobel, 1993.

A apresentação do *compliance* como ferramenta de fiscalização de ilícitos envolvendo dinheiro público, mas também como mecanismo fiador de uma boa administração empresarial para o mercado, é algo que precisa ser encarado como mola propulsora de relações confiáveis entre pessoas jurídicas de direito privado e Poder Público no Brasil. E é nesse ponto que o Poder de Polícia Administrativa pode exercer um papel relevante no combate à corrupção com a exigência de um eficaz programa de integridade nas empresas que pretendam contratar com o Estado. É exatamente por isso, a divisão de responsabilidade entre contratante público e contratado privado, que o instrumento do *compliance* pode se tornar uma grande evolução empresarial no trato com a coisa pública.

Os eixos básicos e centrais do programa de integridade – comprometimento e apoio da alta direção da empresa, definição de instância responsável pelas denúncias e estabelecimento de suas regras, análise de riscos e estratégias de monitoramento e formação – podem render uma maior eficiência fiscalizatória. Esse novo instrumento melhora a relação do Estado com os atos empresariais e traz maior segurança na execução do objeto contratado.

O Sistema Legal de Defesa da Moralidade exige e os princípios das licitações e contratos administrativos garantem a utilização de cada vez mais instrumentos destinados à proteção do dinheiro público. A exigência do sistema de *compliance* para o processo licitatório brasileiro atende a um novo paradigma de desenvolvimento nacional sustentável, o que significa maior solidez apresentada aos contratos administrativos. Não foi por outro motivo que a Lei das Estatais estabeleceu o programa de integridade na condição de diretriz para a relação entre Poder Público e entes privados, significando um forte avanço das demandas aqui apresentadas ao longo do artigo.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, definem os princípios das licitações e contratos administrativos e exigem regras para a escolha de empresas com igualdade de condições entre os participantes e a exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à escolha da proposta mais vantajosa. Seja como requisito para a participação no processo eleitoral ou apenas como elemento de desempate entre as propostas, a exigência de programas de integridades para empresas que pretendam disputar contratos com a Administração Pública é mais um instrumento válido para alcance da probidade estatal.

O sistema de *compliance* é mais um aliado no combate a esse grave problema de privatização ilegal do erário e, portanto, o Direito Administrativo deve se debruçar imediatamente sobre os parâmetros para a sua implementação na concorrência de compras, obras e serviços administrativos. A necessidade social demanda muito mais do que as fórmulas prontas nos entregam diariamente dentro desse sistema ainda carente de transparência e eficiência.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira *et al.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Orgs.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância da *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.
- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LIVIABU, Roberto. *Corrupção, incluindo a nova Lei Anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.
- NASCIMENTO, Melilo Diniz do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. v. 13 (Coleção Jacoby de Direito Público)
- PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Nobel, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 71-91, abr./jun. 2018.
