



*Artigo*  
*Article*

**Compliance na administração pública: necessidade de  
ampliação dos requisitos contratuais previstos na lei  
8.666/93<sup>1</sup>**

*Compliance within the public administration: the necessity to increase the  
contractual requirements foreseen in Law 8.666/93*

Bruna Nayara do Monte Braz<sup>2</sup>  
Eduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale Pedrosa<sup>3</sup>

**RESUMO:** O hodierno trabalho é voltado para a análise da implementação do compliance como método de coibição de práticas fraudulentas e corruptas no âmbito das contratações públicas. De forma a contextualizar programas de integridade e sua exigência como requisito contratual na Lei de Licitações, partindo da premissa que essa mudança legislativa seja significativa e eficiente para manter a transparência do contrato, permitindo ao poder público segurança contratual e jurídica. A metodologia empregada nesta pesquisa é de natureza qualitativa, através de pesquisas bibliográficas, baseadas em preceitos nacionais e internacionais relacionados à matéria abordada. As noções para melhor desmistificação do tema tiveram como base o direito administrativo, voltado à Lei de Licitações 8.666/93 e a legislação específica do compliance a Lei 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção. Diante da pesquisa realizada, constatou-se que a mudança seria essencial para desmistificar a iniciativa de outros entes da Administração Direta em promover regras de programas de compliance que versem sobre

<sup>1</sup> Artigo apresentado à Universidade Potiguar, como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito, em 2019.2.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Potiguar – E-mail: bruna.monte@hotmail.com

<sup>3</sup> Professora-Orientadora. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Pós-graduada em Processo Civil. Docente na Universidade Potiguar – E-mail: eduarda.vale@unp.br

licitações e contratos no âmbito estadual e municipal. **Palavras-chave:** Compliance, licitações, contratações públicas, corrupção.

**ABSTRACT:** The current work focus on the analysis of the implementation of the Compliance as a method of restraint fraudulent and corrupt practices in public contracting processes. In a way to contextualize integrity programs and their requirements as a contractual requirement in the Bidding Law, assuming that this legislative change is significant and efficient to maintain the contract transparency, allowing the public authorities to have contractual and legal security. The methodology applied in this research is from a qualitative nature, through bibliographic researches, based on national and international principles related to the subject covered. The notions for the better demystification of the theme were based on Administrative Law, focused on the Bidding Law 8.666/93 and the specific legislation of the Compliance Law 12.846/13, denominated the Anti-Corruption Law. Given the research conducted, it could be perceived that a change would be essential for demystify the initiative of other entities of the Direct Administration to promote the Compliance program rules, which deals with bids and contracts at a state and municipal scope. **Keywords:** Compliance, bidding, public contracting processes, corruption.

## **INTRODUÇÃO**

A busca pela promoção do cumprimento efetivo das normas gera a necessidade de medidas que prontifiquem e previnam atos desonrosos no âmbito empresarial, com isso, podemos enfatizar a ideia do que é o Compliance. O termo significa estar em conformidade ou agir de acordo com, vem da expressão inglesa “to comply” que traduzida significa cumprir, obedecer a legislação ou qualquer regramento existente no âmbito das organizações.

O Compliance é desde muito cedo uma realidade em outros ordenamentos e antes mesmo da implementação da lei, as empresas estrangeiras multinacionais instaladas no Brasil adotavam programas de transparência, ética e posturas mais rígidas em combate à corrupção. Frente a isso, houve uma inovação legislativa que atentava à observância em relação aos riscos inerentes às transações comerciais, adotando políticas de integridade, foi assim que, por intermédio da Lei 12.846/13, conhecida como lei anticorrupção surgiu a regulamentação do compliance.

Hoje o setor privado pode implementar e trazer segurança comercial e empresarial para dentro de seu desenvolvimento, assim como obter uma visão social límpida sobre a conduta de sua empresa, colaboradores e fornecedores.

Apesar do compliance ter sido regulamentado no Brasil há cerca de cinco anos, este se mostra uma perspectiva consciente de como um problema secular, como é o caso

da corrupção e a lavagem de dinheiro, pode ser retirado da cultura empresarial do nosso país, assim como se tem acontecido ao redor do mundo.

A priorização dos setores de ética e política organizacional das corporações é o objeto intrínseco e fundamental da essência do compliance, porém este mecanismo não é utilizado de maneira completa e proveitosa no âmbito das contratações públicas, pois quanto a isso é necessária uma evolução legislativa, com ênfase na ampliação dos requisitos previstos na Lei 8.666/93.

Com isso, requer-se uma análise mais profunda acerca do tema proposto, tendo em vista que não há uma pacificação de ideias sobre a implementação do compliance como requisito nas contratações públicas. Surge ainda, que com o emprego de programas de integridade adotados por outros entes da administração direta, ressalvado a união, o acarretamento em pontos nebulosos legislativamente caso esses entes estabeleçam tais programas, como já ocorreu no Distrito Federal e Rio de Janeiro, entendido por alguns como uma interferência na competência privativa da união para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos.

O presente estudo é necessário, tendo em vista a oportunidade de aprofundamento nesse novo mecanismo contemporâneo do Direito Administrativo. Propõe-se uma reflexão sobre como problemas futuros, como desvio de dinheiro, não cumprimento do serviço prestado e suborno no funcionalismo público podem ser evitados através do combate a corrupção por intermédio da Lei Anticorrupção.

Quando se fala em compliance, tem-se a ideia de precaução, do agir antes que aconteça ou de diminuir o risco nas relações internas e externas, proporcionando transparência nas ações das entidades. No âmbito das contratações públicas, o compliance utilizado entre as empresas privadas e o poder público minimizaria e reprimiria ações corruptas que possam gerar prejuízo ao erário. Porém, no que tange a regulamentação do programa de integridade a nível federal é a falta de sua requisição como ferramenta de controle na Lei de Licitações.

Existe também a possibilidade de enxergar por outra ótica tal aparato, pois este visa beneficiar a administração por partilhar de ações íntegras decorrentes dos entes privados. É necessário, diante de tal questão, especialmente quanto a regulamentação a nível federal encontrar ponderação e equilíbrio para desmistificar tal proposição. Enfatiza-se também a importância da análise do cálculo a ser operado em relação aos

custos da implementação do compliance nas empresas privadas, a qual, por conseguinte aumentaria o valor das licitações. Vale ressaltar se programas de integridade afetariam ou não a livre concorrência daqueles que querem contratar com o poder público ou privilegiaria empresas de grande porte que já possam estar em conformidade com esses programas.

O primeiro capítulo busca assentar bases teóricas acerca do conceito do compliance, bem como a delimitação do estudo a ser desenvolvido. No segundo capítulo se abordou o compliance no Brasil, sua positivação através da Lei 12.846/13, o momento que o país vivenciava ao ano da legislação. No mesmo segmento, em suas seções secundárias, demonstra a maturidade das empresas em implementar programas de integridade, bem como, sobre a figura do compliance officer. O terceiro capítulo recai sobre a Lei de Licitações e qual a sua abordagem punitiva em relação às fraudes no âmbito das contratações públicas e a inércia deste conteúdo normativo em meio às responsabilizações por corrupção. O quarto capítulo menciona o controle *à posteriore* e sua insuficiência no ordenamento atual, voltado principalmente à utilização do compliance pós ocorrência de atos de corrupção. O quinto capítulo exemplifica através da iniciativa de outros entes a utilização do compliance nas contratações públicas como forma de pioneira em alguns estados do Brasil e sua seção discorre sobre a constitucionalidade disso. No sexto e último capítulo demonstra o compliance como uma ferramenta de investimento, assim como se desenvolvem os programas de integridade no interior das corporações e o seu aproveitamento em diversas esferas deste mesmo corpo, garantindo a economia de recursos com condutas fraudulentas que possam vir a ocorrer futuramente.

Por fim, importa saber, sobretudo se, isto é, realmente viável para o Estado, e, em sendo, de que forma e a partir de quais elementos se opera tal processo.

## **BREVE HISTÓRICO SOBRE O ADVENTO DO COMPLIANCE: DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO**

Diante do estudo a ser desenvolvido, pretende-se entender e explicar o conceito de *compliance* e sua origem. O significado de compliance vem do verbo em inglês “to comply” que traduzido significa cumprir ou obedecer, ou seja, “dever de cumprir, de

estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”. (COIMBRA, 2010, p. 2).

A terminologia compliance comumente utilizada no âmbito de gestão empresarial principalmente em países estrangeiros como por exemplo os Estados Unidos, foi a busca por padrões de integridade através da ética corporativa, onde os preceitos éticos passaram a ser a nova demanda social exigida.

Gabardo e Castella (2015, p. 134) assim definem o compliance:

O compliance pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva.

Quanto a origem do termo, os mesmos autores acima trazem dessa forma:

A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de compliance, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, precisamente em nove de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligências dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades. Ainda, merece destaque o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terroristas de 11 de setembro. Em seu artigo 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro. (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 134).

Dessa forma, através da necessidade de formalizar uma ideia espaça que vinha sendo objeto de reflexão no começo do século XX, buscou-se uma adequação nas diretrizes para identificar fraudes, foi então, que surgiu a figura do compliance com dotação às políticas de integridade que conhecemos hoje.

Diante disso, posteriormente à ideia de familiarização com o termo, podemos caminhar para entender seu começo no Brasil.

## **COMPLIANCE NO BRASIL: LEI ANTICORRUPÇÃO 12.846/13**

O Brasil vivenciou diversos escândalos de corrupção, um dos mais famosos foi a Lava-Jato em março de 2014, que segundo o site do Ministério Público Federal investigou quatro organizações criminosas, apontando irregularidades na Petrobrás, maior estatal do país, bem como outros contratos vultosos.

A Lei 12.846/13 foi anterior ao caso da Lava-jato, porém já era necessária a busca pela responsabilização objetiva no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticassem atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira (art. 1º), através de penalidades mais rígidas. Neste mesmo seguimento, a figura do compliance vem disposta em seu art. 7º, inciso VIII, estabelecendo a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (BRASIL, 2013). Sendo a intenção de controlar, prevenir e punir atos de corrupção, uma medida célere.

A Lei anticorrupção foi mais do que um avanço legislativo, foi uma forma de atender uma reivindicação do povo brasileiro diante de tantos escândalos de corrupção, conforme mencionado anteriormente.

Ribeiro e Diniz (2015, p. 93) divulgou um estudo realizado pela Federação das Indústrias do Estado do Paraná, com base em dados de 1990 a 2008, traz informações sobre os custos de transação decorrentes da corrupção no Brasil:

As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto per capita do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes a 2,3% do PIB. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico, em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum país até então.

Em 2018, no documento denominado Índice de percepção de corrupção (Transparência Internacional, 2018) o Brasil chegou à posição 105, onde em anos anteriores como 2016 e 2017 ocupou respectivamente 79º e 96º colocação, o que segundo o diretor-executivo da Transparência Internacional no Brasil é constrangedor.

O intuito principal da Lei foi suprir a lacuna em relação a responsabilização de pessoas jurídicas que cometam ilícitos em desfavor à Administração Pública, principalmente no que tange atos fraudulentos e de corrupção em licitações e contratos administrativos.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. (BRASIL, 2013).

Esta foi a redação trazida pela lei 12.846/13 que inovou em relação a outros diplomas legais com o mesmo objetivo, como por exemplo, Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Funcionalismo Público e contra atos ilegais como Lei da Ação Popular, Lei da Ficha Limpa, Lei de Responsabilidade Fiscal, Crimes de Responsabilidade, o que pode-se enxergar até como um excesso, mesmo que essas leis tenham influenciado a lei anticorrupção.

## **MATURIDADE DO COMPLIANCE NO BRASIL**

Para a KPMG (2019) o que houve após a publicação da lei anticorrupção foi uma maior ênfase para o fortalecimento das exigências dos agentes reguladores diante de várias penalizações decorrentes de práticas fraudulentas, originada pelas empresas que não tinham compromisso com ações íntegras. Com isso, foi observado que existiam diversos desafios para estruturação eficiente do compliance, desafiando essas empresas a desenvolverem modelos inovadores para se agruparem em um novo patamar de

governança corporativa, através de políticas de enfrentamento de maior complexidade, com adaptação dos seus processos internos.

O gerenciamento de riscos de compliance no Brasil vem passando por um processo de aprimoramento e de aumento de exigências em decorrência da dinâmica e da complexidade nos negócios, atrelado à frequente atualização e/ou emissão de novas leis e regulamentações fortalecendo a necessidade de estruturar uma Função Eficiente de compliance para prevenir, detectar, monitorar e mitigar potenciais exposições a esses riscos. (KPMG, 2019, p. 4)

Extraí-se que por se tratar de um mecanismo novo ainda há de se esperar de muitas empresas a maturidade para enfrentar os desafios da implementação do compliance a fim de fortalecer a governança corporativa para a gestão de riscos há curto e médio prazo.

## **COMPLIANCE OFFICER**

Para Schramm (2019), o compliance officer é um dos pilares de um programa de compliance, que pode ser exercido tanto por um funcionário quanto por um setor responsável por monitorar e implantar políticas de conformidade, através de treinamentos, códigos de ética e conduta.

Vale ressaltar que na pesquisa realizada pela KPMG sobre a maturidade do compliance no Brasil este profissional ou equipe é essencial no campo de monitoramento fiscalizatório evitando o pagamento de propina em licitações, licenças, contribuições, doações, brindes e patrocínios, fusões, aquisições e reestruturação societária entre outros.

Embora a figura do *compliance officer* não encontre referência expressa no âmbito legislativo, é possível extrair algumas diretrizes sobre a estruturação da instância de *compliance* e, conseqüentemente, das atribuições de seus responsáveis. O inciso IX do artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015, por exemplo, exige, como um dos parâmetros objetivos de avaliação do programa de *compliance*, –independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento. O artigo 9º da Lei Federal nº 13.303/2016, por sua vez, estabelece a forma de estruturação da área de *compliance* nas estatais – também referenciada como responsável por verificar o cumprimento das obrigações e da gestão de riscos. O § 2º do dispositivo determina que a gestão dos riscos seja alocada no âmbito da diretoria estatutária, sob a supervisão do diretor presidente, o que denota a relevância atribuída à área. (SCHRAMM, 2019, p. 195).

Por sua vez, infere-se que não basta apenas implementar um programa de integridade, mas sim buscar um setor especializado para manter-se dentro dos padrões necessários, com autonomia, responsabilidade e ética.

### **ANÁLISE DA LEI DE LICITAÇÕES 8.666/93**

Segundo o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, prenuncia:

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. (BRASIL, 1988).

A Lei 8.666/93 entrevê em seu artigo 1º o estabelecimento normas gerais de licitações e contratos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Subordinando-se também os entes da administração indireta.

É fato incontroverso que as licitações e os contratos são basicamente o mecanismo mais utilizado pelo poder público para suprir todas as suas necessidades, criando uma dependência em relação as empresas privadas para que forneçam a melhor proposta, produtos ou serviços. Com isso, como o poder público não pode controlar inicialmente as condutas dessas empresas, que muitas vezes estão mascaradas internamente, ele os reprime com sanções caso elas venham a cometer atos desonrosos com Administração pública, tal como prevê a lei em comento.

Sabemos que existe previsão legislativa para a responsabilização administrativa na lei de licitações, porém esta, possuía lacunas, sendo elas: a) Por maior que fosse o prejuízo à Administração, não se gerava ressarcimento ou atingiria de modo eficaz o patrimônio da pessoa jurídica; b) Condutas de grande vulto penal não se aplicava à pessoas jurídicas que se beneficiavam da conduta. Responsabilizando só os agentes, como podemos observar no dispositivo da lei, no que concerne às sanções administrativas e da tutela jurisdicional:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto. (BRASIL, 2013).

Foi assim que a Lei 12.846/13 veio para punir e responsabilizar civil e administrativamente as pessoas jurídicas preenchendo parcialmente a lacuna que havia sobre essa temática, porém para uma norma jurídica tão importante, sua temática poderia ser mais eficiente se não utilizada como um controle *a posteriore*, ou seja, com a aplicação das sanções na posterioridade do ilícito, conforme acontece na legislação brasileira.

### **AS INSUFICIÊNCIAS DO CONTROLE A POSTERIORI**

A atual conjuntura legislativa revela que existe uma repressividade das penas estabelecidas no âmbito do direito brasileiro, enxerga-se um caráter de ter a lei como inibidor de práticas de delitos, sendo um controle para que os indivíduos possam viver respeitando as regras em sociedade.

Em diversas pesquisas realizadas por Foucault (2005) sobre a proficuidade das sanções penais. Suas conclusões, através de um padrão científico dificilmente refutável, apresentam argumentos convincentes para provar que as condenações pouco têm servido para impedir o aumento das taxas de criminalidade ao longo de toda a História.

Tal como corrobora Vasconcelos (1996, p. 158), a irreversibilidade do tempo torna factualmente inoperante a reprimenda ao ilícito, pois qualquer que seja o caso de transgressão ao ordenamento jurídico, nunca se poderá substancialmente retroceder com perfeição ao *statu quo ante*, expressão do latim, que significa “no estado em que se encontrava anteriormente” (Jurisite Dicionário, 2017) da violação da regra de conduta:

[..] a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior. Pagar amanhã não é, nunca, o mesmo que pagar hoje. (VASCONCELOS, 1996, p. 158).

É importante ressoar que a Lei 12.846/13 pode não está sendo utilizada de maneira proveitosa no âmbito das contratações públicas pois, segundo ao Comitê de Compliance - ABBI em seu Documento Consultivo (2019, p. 7) entende como função de *compliance*: “a mitigação de riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como, disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes” Ou seja, reflete como algo primordial e introdutório sendo o programa de integridade proveniente inicialmente de controle e prevenção.

## **COMPLIANCE NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES EM ALGUNS ESTADOS BRASILEIROS**

Alguns estados mesmo com a utilização da lei em âmbito federal, estadual e municipal, resolveram buscar benefícios e levar aos seus contratos segurança jurídica com a implementação do *compliance*, sendo este uma cláusula contratual nas celebrações dos contratos de parceria ou concessão, como podemos ver:

Nesse cenário de crescente atribuição de função extra econômica aos processos de contratação da administração pública, recentemente dois entes, de forma pioneira e polêmica, trouxeram para o cenário jurídico mais uma novidade: o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, por meio das respectivas Leis 7.753/2017 e 6.112/2018, passaram não apenas a incentivar, mas a exigir às empresas que celebrarem contrato administrativo, consórcio, convênio, contrato de concessão ou parceria público-privada com a respectiva administração pública direta ou indireta, a adoção de programa de *compliance* ou integridade. (OLIVEIRA, 2019, p. 25-32).

A legislação fluminense trás no bojo de seu artigo 2º a finalidade da implementação do *compliance* nos contratos celebrados com o Estado do Rio de Janeiro:

Art. 2º A exigência da implantação do Programa de Integridade tem por objetivo:

I – proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais;

II – garantir a execução dos contratos em conformidade com a Lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada;

III – reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução;

IV – obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais; (RIO DE JANEIRO, 2017).

A lei 6.112/18 que pertence ao Distrito Federal muito se assemelha à do Rio de Janeiro, porém traz alguns ônus ao gestor do contrato, como mostra o art. 7º, que em resumo dispõe que o gestor do contrato deverá solicitar novos documentos, por meio de entrevistas e relatórios, para que possa ser demonstrada a eficácia do programa quanto a mitigação de riscos em relação aos atos lesivos à Administração.

Ao que é interpretável na leitura dessas legislações é que a obrigatoriedade dos programas de compliance em meio as contratações, se restringem a contratos de grande vulto econômico, que em números temos como parâmetro os valores estimados para a modalidade de concorrência que atualizados pelo Decreto 9.412/18, apresentam os valores, respectivamente, de R\$ 3.300.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 1.430.000,00 para compras e serviços não incluídos na menção anterior. (OLIVEIRA, 2018 e BRASIL, 2018).

É observável que o pioneirismo desses Estados em trazer uma nova roupagem quanto às políticas de transparências é uma tendência a ser seguida, pois programas de integridade mediante os anseios do século XXI tem se tornado uma prática comum, tanto nas empresas privadas em suas negociações particulares, quanto nas parcerias público-privadas.

Diante da iniciativa de outros entes da Administração Direta, constatamos que em um futuro próximo muitos estados tenham que legislar sobre essa temática como ocorreu no Rio de Janeiro, Distrito Federal, Espírito Santo, Amazonas e mais recentemente em Goiás através da Lei Estadual nº 20.489/19 que tem em seu preâmbulo a redação sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Goiás dentre outras providências (DOE, 2019).

Outros estados podem partilhar da ideia de implementação de programas de compliance em relação às licitações e contratos, já que a legislação atual da lei anticorrupção não é utilizada como controle e sim como método de punição das pessoas jurídicas no âmbito civil e administrativo.

## **CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

A exigência do compliance nas contratações públicas trouxe uma série de questionamentos sobre sua constitucionalidade, principalmente em relação à aquisição deste mecanismo pelos estados citados anteriormente.

Porém, conforme explica Ziliotto (2019) acerca da constitucionalidade dessas legislações, podemos partir de duas premissas: a primeira é que podemos afirmar que é constitucional no ponto de vista formal, pois a iniciativa dessas leis em relação à norma geral, lei de licitações, prevê em seus princípios a integridade, a moralidade e eficiência, como princípios basilares de contratações públicas, ou seja, as leis estaduais que exigem compliance, nada mais fizeram do que transformar em critérios legais esses princípios previstos na própria legislação geral. Portanto, não haveria uma inconstitucionalidade por prejuízo a exigência constitucional, de que normas gerais são de competência da união e não dos estados, promovendo uma lógica para a exigência de implementação do compliance em empresas que contratam com o poder público. A segunda premissa seria sobre a constitucionalidade material, pois o que se defende é que os programas de compliance são exigidos apenas na terceira fase da contratação, que seria a de execução contratual, não desencadeando uma restrição à competição, pois todos os competidores estariam igualmente sobre as mesmas análises na fase de habilitação.

Se considerarmos, entretanto, o conceito de norma geral como norma que transcende às pessoas políticas, que não se confunde com lei federal, estadual ou municipal, e que, portanto, é editada para unificação de determinado tema, sem, contudo, exauri-lo, deixando as especificações temáticas a cargo das normas especiais instituídas de acordo com as peculiaridades de cada ente, não me parece a interpretação mais acertada aquela que entende que instrumentos normativos que exigem Programa de Compliance sejam inconstitucionais por vício formal. (ATALIBA; BARROSO, 2011, p. 291 *apud* ZILIOOTTO, 2019, p. 49).

Contudo, se a exigência está de acordo com as diretrizes da norma geral, mesmo que ainda não esteja explícito na lei de licitações, não há no que se falar em inconstitucionalidade formal e diante da exigência na fase de execução contratual não existiria espaço para inconstitucionalidade material.

## **PESQUISAS SOBRE O RETORNO FINANCEIRO EM PROGRAMAS DE COMPLIANCE**

Quando se fala em programa de integridade no meio empresarial, o principal pensamento seria em relação ao custo que isso traria, pois segundo Coimbra e Manzi (2010) não é uma tarefa fácil fazer essa análise. Vejamos:

Mensurar o custo do programa de *compliance* não é tarefa fácil e demanda a consideração de diversos fatores, tais como: a necessidade de infraestrutura tecnológica; as competências técnicas dos profissionais de *compliance*, a educação corporativa abrangente; a integração do *compliance* com as áreas de negócio da corporação; harmonização dos *stakeholders*, administração e exigências regulatórias; e custos de manutenção e governança (COIMBRA, MANZI, 2010, p. 39).

A especialista no tema, Jacqueline Leoni, afirma que a cada US\$ 1 investido, o retorno é de US\$ 5 em economia com multas e processos e em reputação (LEONI, 2018). Isso nos leva a entender que o gasto tido para instaurar um programa de integridade, seria recompensado futuramente, diante de toda a prevenção que este proporcionaria a corporação.

Geronimo Timerman sócio da área de serviços forenses da KPMG (sigla oriunda da fusão da Peat Marwick International e a Klynveld Main Goerdeler) diz em uma matéria realizada pela revista Isto É Dinheiro:

Apesar de muitas empresas já estarem começando a entender a importância do *compliance*, o programa ainda não é visto como uma prioridade dos conselhos de administração. Não há como negar que a implantação do serviço de forma eficaz demanda dinheiro e tempo. Mas a tranquilidade de uma empresa em saber que está respaldada não pode ser precificada. A implantação de um bom programa requer uma série de ações que passa pela implementação de canais de denúncia, de um código de ética e de manual de procedimento, identificação de mais de 90 tipos de fraudes, treinamento de integridade até a reavaliação dos contratos de fornecedores e revisão de processos de negócios. Mas, vale ressaltar que um bom sistema deve ajudar a facilitar o funcionamento da empresa e não burocratizá-lo. Dessa forma, um programa eficaz de *compliance* pode amenizar também as penalidades da empresa. Beneficiando-se do programa de leniência, é possível reduzir em 50% a pena se for provado

que o malfeito é do funcionário e não da companhia e ainda conseguir concessão de créditos nas penalidades. Isso porque trata-se de um problema sério que pode desestabilizar não só a saúde financeira das organizações, como também colocar seus representantes na cadeia. É neste sentido que o compliance deve ser encarado como investimento e não custo. Muitas empresas só conseguem enxergar o custo-benefício quando há sanção em termos de aplicação. Se ela tomar ciência apenas quando já aconteceu o problema, o custo para a empresa será maior. (TIMERMAN, 2016, p. 2).

Trazendo para o direito administrativo em termos de licitações e contratos, o estudo deverá ser mais aprofundado e direcionado às pesquisas de impacto, tendo em vista que:

A partir da concepção da “função regulatória da licitação”, o instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente. (OLIVEIRA, 2018, p. 195).

Ou seja, é um conjunto de especificidades a serem levados em consideração quando o objetivo é contratar com a Administração Pública.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto ao longo deste artigo, as principais conclusões a serem explanadas estão contidas nos seguintes apontamentos, primeiramente que nos últimos anos o brasileiro vem vivenciando através dos noticiários diversos escândalos de corrupção, hoje com a globalização e o maior interesse da sociedade sobre a moralidade governamental e a destinação do dinheiro público, passou-se a cobrar do legislativo e de outras autoridades soluções para o combate deste mal.

Diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro que instruem e punem atos desonrosos em todas as suas vertentes, nem sempre funcionam para inibir práticas da corrupção. O Brasil, país de colônia de exploração, sente ao longo da sua história uma cultura que atua nessa percepção, influenciando em nosso cotidiano atualmente.

A inovação legislativa trazida pela Lei 12.846/13, Lei anticorrupção, adotou políticas de integridade e regulamentação do compliance, porém este mecanismo

deveria ser utilizado como controle e não como instrumento *a posteriore*, ou seja, pós delito.

A Lei de Licitações responsabiliza apenas seus agentes quando se trata de fraudes oriundas de contratos administrativos, o que não era suficiente. Com a lei do compliance as pessoas jurídicas passaram a responder civil e administrativamente sobre essa persecução.

Ainda existe muito a se conquistar principalmente quanto ao amadurecimento das empresas para enfrentar a gestão de riscos e fortalecer os mecanismos de governança, através de uma estrutura eficiente e adequada de compliance, lembrando sempre que para essa eficiência deve-se ter um responsável por monitorar e fiscalizar todo esse processo, o que chamamos de compliance officer.

Diferentes estados do Brasil legislaram para garantir segurança jurídica em suas contratações, já que a precaução seria a melhor forma de melhorar a relação entre o público e o privado, exigindo um programa de transparência que evitasse prejuízo ao erário futuramente, como ocorreu no superfaturamento das construtoras que ligava os principais esquemas de corrupção à Petrobrás.

Vale ressaltar que esse tipo de iniciativa pelos estados é uma tendência, e já que é algo que observamos, podia-se regulamentar como um requisito na própria Lei de Licitações, evitando assim, avaliações e comportamentos exagerados por parte de outros entes.

Regras gerais sobre licitações e contratos eliminariam o abuso de tais iniciativas assim como qualquer ponto nebuloso que viesse a existir por decorrência delas. Os parâmetros para garantir a livre concorrência entre os licitantes, que além de apresentarem as melhores propostas, estariam seguindo através da implantação programas de integridade e transparência, o controle perante suas companhias, através de políticas internas, que englobaria colaboradores e fornecedores.

Vimos que as normas gerais sobre licitações e contratos disciplinam sobre as bases de tal aparato jurídico, possibilitando que legislações específicas sobre o tema possam ser mais bem delineadas.

O programa de compliance, além de voltado para a ética, também atua na esfera tributária e criminal, diminuindo consideravelmente práticas que prejudiquem as

empresas que o adotam. Além dessa implantação, é necessário para garantir a eficácia do programa, fiscalização periódica, evitando assim o compliance de fachada.

Por fim, a requisição do compliance na lei de licitações seria de grande valia para a Administração Pública. O que cabe analisar no presente momento é o custo que isso traria aos contratos, baseado principalmente no princípio da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Como foi observado ao longo deste artigo, extrai-se toda a reflexão sobre esse assunto diante da seguinte raciocínio: se o intuito do compliance é mitigar riscos e trazer segurança jurídica principalmente nas negociações, o método mais plausível e satisfatório para se alcançar a eficácia deste mecanismo seria através de sua utilização na anterioridade do fato corruptivo, ou seja, por meio de controle e prevenção, evitando e intimidando atos de corrupção no âmbito das contratações públicas, pois como se pode constatar através da menção de Vasconcelos na pag. 08 deste artigo: pagar na posterioridade do fato não é o mesmo que pagar no presente deste mesmo fato.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS (Estado). Lei 4.730 de 27 de dezembro 2018. **Lei.** Amazonas, AM: Diário Oficial do Estado, 27 dez. 2018. Disponível em: [https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2018/130624/130624\\_texto\\_integral.pdf](https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2018/130624/130624_texto_integral.pdf). Acesso em 09. out. 2019.

ATALIBA, Geraldo. **Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais.** In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. (org.). Doutrinas Essenciais Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, v. III, 2011. p. 291.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 1 set. 2019.

BRASIL. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lei.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 02 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm). Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Lei 8.666/93, de 11 de junho de 1993. **Lei.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 22 jun. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 9.412, de 18 de junho de 2018. **Lei.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jun. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm). Acesso em: 09 out. 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance:** preservando a boa governança e a integridade das organizações. 1. ed.- São Paulo: Atlas Editora, 2010. 168 p.

COMITÊ DE COMPLIANCE. **ABBI Comissão de Compliance.** Disponível em: [http://www.abbi.com.br/download/funcaoecompliance\\_09.pdf](http://www.abbi.com.br/download/funcaoecompliance_09.pdf). Acesso em: 14 out. 2019.

DISTRITO FEDERAL (Unidade Federativa). Lei nº 6.308, de junho de 2019. **Lei.** Distrito Federal, DF: Diário Oficial do Estado, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>. Acesso em: 12 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión.** Tradução Aurélio Garzón del Camino. 34. ed. Ciudad de México: Siglo XXI, 2005. 305 p.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública.** Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptao-compliance.pdf>. Acesso em: 05. set. 2019.

GOIÁS (Estado). Lei 20.489, de 10 de junho de 2019. **Lei.** Goiás, DF: Diário Oficial do Estado, 25 jun. 2019. Disponível em: [http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina\\_leis.php?id=23591](http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=23591). Acesso em 09. out. 2019.

KPMG. **Maturidade do compliance no Brasil.** Disponível em: <https://cndl.org.br/politicaspUBLICAS/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf>. Acesso em 21. out. 2019.

LEONI, Jacqueline. **Compliance é investimento para empresas.** Disponível em: <http://agenciafiep.com.br/2018/03/21/compliance-e-investimento-para-empresas-diz-especialista/>. Acesso em: 09. out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 05. set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Concorrência, tomada de preços e convite:** os novos valores do Decreto 9.412/2018 e seus reflexos sistêmicos. Solução em Licitações e Contratos, n. 6, 2018. p. 25-32.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos administrativos**, 7. ed., São Paulo: Método, 2018. p. 195.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: **O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal**. <http://genjuridico.com.br/2019/04/29/a-exigencia-de-programas-de-compliance-e-integridade-nas-contratacoes-publicas-o-pioneirismo-do-estado-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal/>. Acesso em: 08 out. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, 2015, p. 87-105. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509944,..> Acesso em: 09 set. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.753 de 17 de outubro de 2017. **Lei**. Rio de Janeiro-RJ: Diário Oficial do Estado, 18 out. 2017. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 12 out. 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas Contratações Públicas**. 1. ed., Editora Fórum. 2019. p. 195.

STATU QUO (ANTE). In: JURISITE Dicionário. Santa Cruz do Rio Pardo: Jurisite, 2017. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/dicionarios/dicionario-latim/#s>>. Acesso em: 28 out. 2019.

TIMERMAN, Geronimo. **Compliance não é custo, é investimento**. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/investidores/20160624/compliance-nao-custo-investimento/386772>. Acesso em 10. out. 2019.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 158.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índices de percepção da corrupção 2018**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/CPI-2018.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

ZILIOOTTO, Mirela Miro. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Compliance nas contratações públicas: Exigências e critérios normativos**. 1. ed., Editora Fórum, 2019, p.41-49.