

ESTRATÉGIAS PARA DIMINUIÇÃO DE RISCOS DE SANÇÃO EM CONTRATOS PÚBLICOS A PARTIR DA LEI 12.846/2013

Neuro José Zambam 

Atitus Educação, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. 

Dionis Janner Leal 

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. 

Alina Celli Frugoni 

Universidade da Empresa, Uruguai. 

Contextualización: A lisura dos contratos entre o setor público e os fornecedores, especificamente os mercados, repercute na qualidade da organização social, das políticas públicas e da democracia. Mais especificamente, pretende-se apresentar os efeitos jurídicos da exigibilidade como requisito de habilitação e os efeitos de mitigação de riscos de atos corruptivos perante a Administração Pública realizada por empresas privadas.

Objetivo: O objetivo geral deste artigo é pesquisar os contornos da Lei nº 12.846/2013 enquanto mecanismo de controle da integridade empresarial e requisito para a celebração de contratos com o poder público.

Metodología: A estratégia metodológica, com base no método dedutivo, sustenta-se pela técnica de pesquisa bibliográfica a partir de referenciais reconhecidos pelo seu rigor científico e repercussão social das suas análises.

Resultados: Destaca-se a convicção de que a não utilização do compliance e a ausência de gestão de riscos contribuem para erros (ilícitos) e a consequente responsabilização empresarial por atos de improbidade administrativa. A permanência de irregularidades desestabiliza a rotina social e atrofia a administração pública.

Palavras-chave: Compliance; contratação pública; programa de integridade; riscos; responsabilidade.

SANCTION RISKS DECREASE STRATEGY IN PUBLIC CONTRACTS FROM LAW 12.846/2013

Contextualization: The leisure of the contracts between public sector and the suppliers, specifically the markets, reverberates at quality of the social organization, of public policies and democracy. More specifically, it is intended to show the legal effects of the enforceability as qualification requisite and the risks mitigation effects of corruptive acts towards the Public Administration realized by private companies.

Objective: The main goal of this article is to research the contour of the Law n. 12.846/2013 as business integrity control mechanism and requirement for the contracts celebration with the public power.

Methodology: The methodological strategy has as referential the deductive method sustained by the technique of bibliographic research from recognized referentials by their scientific rigor and social repercussion of their analyzes.

Results: Stands out the conviction that the non use of the compliance and the risks management absence contribute for the errors (illicit) and the consequent business accountability for administrative dishonesty acts. The permanency of errors (illicit) destabilizes the social routine and atrophies the public administration.

Keywords: Compliance; public hiring; integrity program; risks; responsibility.

ESTRATEGIAS PARA DISMINUIR RIESGOS DE SANCIÓN EN CONTRATOS PÚBLICOS CON BASE EN LA LEY 12.846/2013

Contextualización: La equidad de los contratos entre el sector público y los proveedores, específicamente los mercados, tiene un impacto en la calidad de la organización social, las políticas públicas y la democracia. Más concretamente, pretende presentar los efectos jurídicos de la exigibilidad como requisito de calificación y los efectos de mitigar los riesgos de actos de corrupción ante la Administración Pública realizados por empresas privadas.

Objetivo: El objetivo general de este artículo es investigar los contornos de la Ley nº 12.846/2013 como mecanismo de control de la integridad empresarial y requisito para celebrar contratos con las autoridades públicas.

Metodología: La estrategia metodológica, basada en el método deductivo, se sustenta en la técnica de investigación bibliográfica a partir de referencias reconocidas por su rigor científico y repercusión social de sus análisis.

Resultados: Se destaca la convicción de que la no utilización del cumplimiento y la ausencia de gestión de riesgos contribuyen a errores (ilegales) y la consecuente responsabilidad empresarial por actos de incorrección administrativa. La permanencia de los errores (ilegales) desestabiliza la rutina social y atrofia la administración pública.

Palabras clave: Cumplimiento; la contratación pública; programa de integridad; arañazos; responsabilidad.

INTRODUÇÃO

Tendo como meta aplicar os mecanismos que contribuem para a permanência ou ampliação dos meios corruptivos nas contratações públicas no Brasil, foi instituída a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Ela introduziu a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra o Poder Público, seja ela nacional ou estrangeira, a fim de combater os efeitos de corrupção.

Até o advento do novel diploma legal, havia responsabilização de agentes públicos e dirigentes de empresas privadas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e Código Penal (artigos. 317 e 333), respectivamente. Entretanto, às pessoas jurídicas não eram imputadas responsabilidades em face de infrações legais cometidas no desenvolvimento de suas atividades operacionais. É concebida a responsabilização de improbidade por pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da edição da Lei nº 12.846/2013, a responsabilidade poderá ser imputada à atividade empresarial quando seus dirigentes e colaboradores praticarem atos de suborno, fraude e corrupção, o que pode lhe causar prejuízos financeiros, suspensão e encerramento de atividades e aplicação de sanções como multa e impedimentos de contratar com órgãos públicos.

O presente artigo tem como objetivo geral pesquisar os contornos da Lei nº 12.846/2013 enquanto mecanismo de controle da integridade empresarial e requisito para a celebração de contratos com o poder público. Na sequência, aborda-se o Compliance como requisito para contratação, a partir da análise de sua regulamentação pelo Decreto nº 11.129, de 2022, expondo os efeitos jurídicos de tal exigência e sua constitucionalidade como requisito de habilitação ou não, a fim de atenuar os efeitos de atos corruptivos perante a Administração Pública, quando realizada por empresas privadas que visam angariar lucros por intermédio de contratos públicos.

Nesta abordagem, cujo método de investigação é o dedutivo, adota-se como linha de referência a nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e seu decreto regulamentador como referencial de argumentação e diálogo com autores; ato contínuo, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica a partir de referenciais reconhecidos pelo seu rigor científico e pela repercussão social das suas análises. Defende-se que a ausência de uma legislação que regulamente o rigor necessário e a devida transparência dos contratos impede a prevenção e o combate à corrupção. Por consequência diminui significativamente a equidade social.

1. ASPECTOS DAS RESPONSABILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Combater a corrupção na Administração Pública é o objetivo da Lei nº

12.846/2013, apesar de ser difícil conceituar o termo corrupção porque não há um consenso doutrinário ou popular, e que “pode englobar uma série de atos, que podem compreender: ganho ilícito, fraude, falsificação, peculato, suborno, clientelismo, entre outros”¹.

Para Lucas Rocha Furtado, chega-se à conclusão de que:

[...] qualquer tentativa de conceituar a corrupção, em razão da sua capacidade de afetar os mais diversos segmentos da sociedade [...] e de assumir as mais variadas formas jurídicas, tornar-se-ia excessivamente ampla, o que resultaria na inclusão de ilícitos estranhos ao tema, ou resultaria excessivamente estreita e importaria na exclusão de manifestações ou comportamentos importantes para o enfrentamento da questão².

Não obstante a impossibilidade de conceituar corrupção na doutrina, a legislação penal brasileira o fez para tipificar a corrupção ativa e passiva nos artigos 317³ e 333⁴, respectivamente, ambos do Código Penal brasileiro. Ademais, o objeto juridicamente tutelado pela Lei nº 12.846/2013 é mais abrangente que um ato de corrupção ativa, se comparado ao disposto no Código Penal, incluindo a Administração Pública nacional e estrangeira. Não se trata de uma Lei Anticorrupção, rotulação que apequena o real conteúdo da norma, mas, sim, de Lei de Proibição Administrativa Empresarial (LPAE), uma vez que inexistente um conceito jurídico de corrupção⁵.

Quanto ao conceito de corrupção, contudo, apesar da inovação legislativa, deve-se, inicialmente, observar que o ato regulamentador – Decreto nº 11.129/2022 (que revogou o Decreto nº 8.420/2015) – trouxe a gestão de riscos, práticas de gestão antissuborno, que são disciplinadas em normas técnicas internacionais, a exemplo da ISO 31000:2018 e ISO 37001, respectivamente. E, a priori, instituiu possível caráter restritivo de competição ou impeditivo às empresas que pretendem participar de processos de contratação com o Poder Público.

A Lei arrola os atos lesivos⁶ à Administração Pública em seu artigo 5º, bem como

¹ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. 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, abr./jun. 2015, p. 130.

² FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 39.

³ Dispõe o artigo 317 do Código Penal: Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: [...].

⁴ Dispõe o artigo 333 do Código Penal: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: [...].

⁵ ZOCCUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Org). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 16).

⁶ Lei 12.846/2013. [...] Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I

dispõe, em seu artigo 30, que as sanções decorrentes de responsabilização desta Lei não afetam processos inerentes a atos de improbidade administrativa e crimes licitatórios, conforme regula a legislação específica.

Essa disposição legal pode gerar problemas de *ne bis in idem*, isto é, de responsabilizar por improbidade e crimes licitatórios o mesmo autor do ato ilícito administrativo; assim, “suscitaria a atuação simultânea de múltiplas instituições, o que enseja um cenário de incerteza e insegurança jurídica”, não parecendo “legítima a previsão de sanções de natureza penal para pessoas físicas e de sanções de natureza civil e administrativa para pessoas jurídicas, em virtude de uma mesma conduta ilícita”⁷.

A pessoa jurídica poderá responder objetivamente pela LA e subjetivamente pela Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), por exemplo, tendo em vista seu artigo 3º, que busca alcançar “tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas” [...] pois visa “tutelar a probidade administrativa em face de quem quer que seja” (PEDRA, 2019, p. 119). Apesar da controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade da responsabilidade objetiva em lei infraconstitucional, este estudo não atenta para esse ponto, contudo, remete-se ao leitor o estudo contributivo de Harger⁸.

Importante esclarecer que o comando do artigo 3º⁹ da Lei nº 12.846/2013 não exclui a responsabilidade individual de dirigentes, administradores ou colaboradores da

- prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. [...]

⁷ BAZO, Andressa Loli. Lei anticorrupção: direito administrativo sancionador e sua interface com o direito penal. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 1, p. 165-184, jan.-mar. 2020, p. 175).

⁸ De acordo com Harger, a regra é “da responsabilidade subjetiva, e não o contrário. Só se deve reconhecer como válidas as exceções à culpa subjetiva em situação em que o Estado indeniza sem perquirir a culpa [...]”. HARGER, Marcelo. A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 2, p. 99-110, jul.-set. 2017, n.p.).

⁹ Lei 12.846/2013: [...] Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

empresa, cuja responsabilidade é autônoma e subjetiva¹⁰. Ou seja, exige-se prova de dolo ou culpa para apurar sua responsabilidade, independentemente da responsabilização da pessoa jurídica a qual pertence. Parte da doutrina afirma que a aplicação de responsabilidade à pessoa física que pratica o ato lesivo, que age em nome da organização privada, é aplicável às sanções de penas de multa (artigo 6º, inciso I), perdimento dos bens (artigo 19, inciso I) e impedimento de celebrar contratos (artigo 19, IV), como medida sancionatória (CUNHA; Ó SOUZA, 2020, p. 51).

A partir de uma leitura apressada do artigo 3º da LA, poder-se-ia interpretar que haveria sanção direta à pessoa natural, o que não é uma interpretação válida da norma, tendo em vista o seu artigo 1º referir-se exclusivamente às pessoas jurídicas. Não quer isso dizer, entretanto, que a pessoa natural não possa ser responsabilizada no âmbito da Lei Anticorrupção na hipótese indireta, isto é, mediante desconsideração da personalidade jurídica a fim de alcançar a responsabilidade da pessoa natural, da leitura do parágrafo único¹¹ do seu aludido dispositivo legal.

Considera-se que a atribuição de responsabilidade à pessoa natural – dirigentes e administradores da pessoa jurídica – está ditada no artigo 14¹² da Lei nº12.846/2013, pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, limita-se a eles, não se estendendo a outras pessoas sem poderes de direção ou administração e sem vínculos com a pessoa jurídica. Nessa linha, parte da doutrina entende que são alcançáveis as sanções de multa, perdimento de bens e impedimento de contratar – como outrora mencionado – não diretamente, mas por extensão, mediante o instituto da desconsideração da personalidade jurídica¹³.

Por outra via, Sanches e Ó Souza contribuem para o debate ao mencionar que, segundo parcela da doutrina, pelos parágrafos do artigo 2º da Lei Anticorrupção, “essas pessoas são sujeitas a responsabilidade individual por seus atos, mas por outras vias legais,

¹⁰ Lei 12.846/2013: [...] Art. 3º [...] § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

¹¹ Assim dispõe a Lei 12.846/2013 acerca da responsabilidade à pessoa jurídica: 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.

¹² Dispõe a Lei 12.846/2013: Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 39.

como a penal [...]”. Isso, porém, não parece ser o melhor entendimento, tendo em vista ser “desnecessária essa previsão no texto da Lei Anticorrupção”¹⁴.

Nessa mesma linha, Garcia prescreve que:

Não nos parece defensável a tese que a LRPJ, ao referir-se à responsabilização dos terceiros, estaria fazendo referência a outro sistema que sequer preocupou-se em declinar. Em verdade, ao ressaltar que tal responsabilização levaria em conta a culpabilidade de cada qual, nada mais fez que estabelecer uma sistemática específica para a aplicação do processo sancionador que veicula¹⁵.

A interpretação da responsabilização individual de dirigentes, administradores e colaboradores de empresa ímproba pela Lei n° 12.846/2013, salvo o disposto no seu artigo 14, não merece guarida, uma vez que estar-se-ia contemplando possível dupla sanção (*ne bis in idem*¹⁶), considerando que existem outros sistemas de responsabilização. E, além disso, porque o aludido dispositivo legal “não cria nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização, nem tampouco qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os sistemas de responsabilização”¹⁷.

Em situação hipotética, na qual um colaborador de determinada empresa oferece vantagem indevida para um agente político a fim de facilitar o êxito ou beneficiar a empresa em determinada concessão pública, a empresa responderá objetivamente pelo ilícito praticado perante a Administração Pública com base na Lei n° 12.846/2013 (sanções do artigo 5°). O colaborador responderá por fraude, improbidade administrativa e corrupção nos termos da Lei n° 14.133/2021, Lei n° 8.429/1992¹⁸ e Código Penal, respectivamente; o agente político, por improbidade administrativa e corrupção, pela Lei n° 8.492/1992 e Código Penal, respectivamente.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do. **Lei Anticorrupção empresarial**. 3°. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

¹⁵ GARCIA, Emerson. A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa. In: **Cadernos FGV Projeto/Lei Anticorrupção: transparência e boas práticas**. Abril 2016, Ano 11. Nº27, p.41.

¹⁶ Nesse sentido, Andressa Loli Bazo contribui: [...] “o *ne bis in idem* visa a impedir que um mesmo fato seja valorado mais de uma vez, determinando a contenção do poder punitivo. A sobreposição de sanções e a persecução por múltiplas esferas de responsabilização seria inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro em função de um princípio de contenção do excesso” (2020, p. 174).

¹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2°. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49.

¹⁸ Para aplicação da LIA, é imprescindível envolver agente público. Todavia, enquanto terceiro, não agente público, que induzir ou concorrer para o ato ímprobo, responde pela prática pela Lei 8.429/1992: Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nesse cenário, como poderia responsabilizar o colaborador da empresa pela Lei Anticorrupção se esta visa responsabilizar a pessoa jurídica? Excetuado no caso de desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização da pessoa natural não é adequada pela via da Lei Anticorrupção, mas será operada a partir de outros sistemas punitivos, se o fato acarretar infrações à Lei nº 14.133/2021 e à Lei nº 8.429/1992, por exemplo, conforme se apresentar o caso concreto.

Existe a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a responsabilidade subjetiva da pessoa física, independentes entre si, mantido o entendimento de que a “Lei nº 12.846/2013 não implicou a objetivação geral e irrestrita da responsabilidade administrativa individual deflagrada sobre as condutas ilícitas que se reputam atos lesivos”¹⁹. Essa cumulatividade de sanções por sistemas distintos reitera a possibilidade de ocorrer *no bis in idem*, mas a norma regulamentadora da lei, em seu artigo 16, prevê que, ocorrendo apuração concomitante com crimes licitatórios previstos na Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 12.846/2013, o julgamento deverá ser em conjunto. Nessa linha, Di Pietro prescreve que:

[...] embora prevista na lei, deve ser interpretada com muita cautela para evitar o bis in idem, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato, principalmente no caso de haver afronta concomitante à lei anticorrupção e à lei de improbidade administrativa. [...] normas sobre licitações e contratos da administração pública, que também sejam tipificados como atos lesivos à lei anticorrupção, o artigo 12 do Regulamento (Decreto nº 8.420/15) determina a apuração e julgamento conjuntos nos mesmos autos²⁰.

Apesar de não superada a discussão doutrinária, tem-se presente a responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva ditadas pela Lei nº 12.846/2013 em face de atos praticados pela pessoa jurídica e por pessoa natural que age em benefício daquela.

2. COMPLIANCE COMO MEIO DE MITIGAÇÃO DE RISCOS E EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADES

A Lei Anticorrupção, ao abordar as responsabilidades e sanções, também previu a dosimetria da sanção a ser aplicada no caso concreto, quando, em seu artigo 7º, inciso VIII, faz alusão à 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”. Desse modo, ressalta a importância de um mecanismo de *compliance* implementado no âmbito da pessoa jurídica que venha a se relacionar com o Poder Público.

¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 52.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (online).

A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 11.129/2022, de aplicação no âmbito da esfera federal, e estabeleceu em seu art. 57 os requisitos de um programa de integridade (*compliance*), dentre os quais a existência de análise de riscos. Apesar de sua exigibilidade não ser compulsória, a análise de riscos é estimulada e serve como requisito de reabilitação de empresas declaradas inidôneas, conforme trata a Lei 14.133/2021, e nos termos da Portaria 1.214/2020 da Controladoria Geral da União (CGU), instituindo a “adoção de medidas que demonstrem a superação dos motivos determinantes da punição, o que inclui a implementação e a aplicação de programa de integridade” (CGU, 2020).

Nesse sentido, a análise de riscos servirá como fonte de informações de possíveis ocorrências delitivas, além de atender a legislação, a fim de contribuir com a mitigação ou exclusão de responsabilidades da pessoa jurídica, dirigentes, administradores e/ou colaboradores que derem causa à lesão ao erário. Isso não quer dizer que a implementação de um programa de integridade (*compliance*) por si só servirá como carta branca para prática de atos desonestos e ficar imune a quaisquer sanções, contudo, será considerado na dosimetria da pena, conforme o caso.

Na mesma linha, o próprio Decreto regulamentador estabelece que a sanção de multa deverá ser atenuada se houver comprovação da aplicação de um programa de integridade pela pessoa jurídica sancionada, o que reforça o papel da norma em estimular uma cultura de integridade no âmbito das organizações privadas. Para a implementação de um programa de integridade (*compliance*) anticorrupção que atenda à legislação em vigor pelas pessoas jurídicas privadas, além das diretrizes da lei e seu regulamento, é necessário atender também a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, que estabelece critérios para a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas.

O conceito etimológico de *compliance* tem origem no verbo *to comply*, que, em tradução literal, é “agir de acordo” com regra ou comando ou ordem. Numa evolução do termo, no âmbito corporativo ou institucional, o *compliance* passou a identificar as ações corporativas que estejam de acordo com as regras internas, legislação e procedimentos que dizem respeito à regulação de determinada atividade empresarial²¹.

Na lição da doutrina, temos a contribuição de Frazão, que assim conceitua *compliance*:

[...] conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações

21 TOMAZ, Roberto Epifanio. O que é *compliance*? Histórico, conceito e objetivos. In: TOMAZ, Roberto Epifanio (org). **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 26.

ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade”²².

Um ponto importante do programa de integridade é a avaliação de riscos como um dos parâmetros a serem observados, que diz respeito às ameaças ou incertezas²³. Nessa linha, conforme Rodrigues:

A avaliação de riscos do programa de *compliance* foca principalmente as ameaças potenciais relacionadas ao descumprimento de legislação, políticas, código de ética ou conduta – o que poderia levar a multas ou penalidades e danos à reputação. O desenho de um programa de *compliance* obrigatoriamente passa pela identificação dos principais riscos relacionados aos negócios, às leis e regulamentações necessárias, para que a partir de então possa definir, desenvolver os elementos de *compliance* relacionados àquele risco²⁴.

Observe-se que os riscos de fraude, corrupção ou danos ambientais, por exemplo, são distintos em cada organização, mesmo que pertencentes a igual ramo de atividade, podendo ser identificados conforme as peculiaridades da organização, além de ser a análise de riscos essencial para a implementação e boa execução de um programa de integridade²⁵.

No caso de pessoas jurídicas responsabilizadas por atos lesivos contra a Administração Pública, sua análise de riscos não prescinde em atentar para as regras legais estabelecidas na Lei nº 12.846/2013, como atos corruptivos de lesão ou fraude a processos licitatórios, o que reflete em sanções em outras esferas, como crimes licitatórios e improbidade administrativa.

Os riscos inerentes às pessoas jurídicas que possuem vínculo com a Administração Pública são contínuos, não se limitando à fase que antecede a assinatura do contrato (procedimento licitatório) com o órgão público, mas também durante a sua execução. Em razão de normas inerentes à gestão e fiscalização de contratos, como os direitos relacionados ao pedido de equilíbrio econômico-financeiro e/ou revisão de preços ou reajuste, previstos na Lei nº 14.133/2021, os riscos identificados poderão prever eventuais condutas

22 FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abia; PITTA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 42.

23 O termo risco é proveniente da palavra *risicu* ou *riscu*, em latim, que significa ousar (to dare, em inglês). Costuma-se entender “risco” como possibilidade de “algo não dar certo”, mas seu conceito atual envolve a quantificação e qualificação da incerteza³, tanto no que diz respeito às “perdas” como aos “ganhos”, com relação ao rumo dos acontecimentos planejados, seja por indivíduos, seja por organizações (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos**. São Paulo: IBGC, 2015, p. 11).

24 RODRIGUES, André Luis Friaça *et al.* Gestão de riscos (risk management): desafios e melhores práticas. In: FRANCO, Isabel. **Guia prático de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, n.p.

25 CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65.

desabonadoras da integridade da empresa por intermédio de seus dirigentes, administradores ou colaboradores, a fim de levar alguma vantagem indevida, como reajuste diverso de índices oficiais ou impedir determinada sanção por inexecução parcial do contrato e assim por diante.

Para a gestão de riscos há vários *standards*²⁶, como a norma ISO 31000/2018, que fornece princípios e diretrizes gerais de gestão de riscos aplicadas a qualquer empresa ou setor (ABNT, 2019, on-line), bem como o ERM COSO (Enterprise Risk Management – Gestão de Riscos Corporativos), que é uma metodologia criada para identificar riscos gerais da organização²⁷.

Além de mapear potenciais riscos da atividade que possa acarretar infrações legais, a responsabilização poderá ser mitigada com a implementação de um programa de integridade pela pessoa jurídica que for autuada nas penas da Lei Anticorrupção. A pessoa jurídica, seus dirigentes e colaboradores poderão ser autuados, sofrendo sanções pela própria Lei Anticorrupção, Lei de Licitações e Lei de Improbidade Administrativa, sem mencionar outros crimes que possam cometer por reflexo de suas ações.

Para o presente estudo, é importante trazer um comparativo entre lesões praticadas decorrentes de atos inerentes a licitações e contratos previstos na Lei Anticorrupção e aqueles previstos na Lei 14.133/2021, como frustração em procedimento licitatório.

A relevância de uma legislação atualizada como esta que compõe este estudo toma especial sentido na medida em que é percebida a repercussão dos serviços públicos bem organizados para o equilíbrio social, conforme sublinha Sen: “A qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais”²⁸.

De forma mais ampliada, as políticas públicas bem estruturadas têm repercussão de médio e longo prazos impulsionando o crescimento econômico e as demais dimensões da existência humana, como a vida com sentido e o aumento da participação social.

A frustração ou a fraude em procedimento licitatório está previsto no artigo 5º, IV,

26 Segundo Frydman, *standard* designa norma técnica ou como modelo padrão (de medida) ou de *benchmark* (nível de referência), além de preferir utilizar o termo norma “no sentido de ‘standard’ inglês e reservaremos o termo ‘regra’ para as fontes jurídicas clássicas. (2018, p. 20).

27 GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. São Paulo: [s.e], 2014, p. 62).

28 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 66.

α²⁹, da Lei n° 12.846/2013, assim como na Lei de Licitações, ensejando responsabilização àqueles que, na medida de sua participação (pessoa jurídica e/ou física), violarem o preceito legal. Portanto, à pessoa jurídica, a responsabilidade objetiva (artigo 2°, LA); à pessoa física, a responsabilidade subjetiva (artigo 3° parágrafo único, LA), exigindo-se, neste caso que o dolo e a culpa sejam comprovados.

São causas comuns de violação aos dispositivos legais em comento o sobrepreço, o direcionamento da licitação, a cobertura ou o rodízio de empresas e empresas coligadas em grupos econômicos³⁰. Se houver agente público na participação do ilícito, serão autuados a empresa e seus colaboradores (responsabilidade subjetiva), se for o caso, nas sanções da improbidade administrativa (artigo 3°³¹, LIA) por frustrar a licitude do procedimento licitatório (artigo 10, VIII³², LIA).

No caso de fraude ou frustração de procedimento licitatório, para que o crime previsto na Lei de Licitações se concretize, é “suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos”, não havendo necessidade de frustrar ou fraudar por completo (eficácia) o certame público³³. Ou seja, é suficiente quando ocorrer a exclusão de um licitante ou ajuste prévio à sessão pública entre os licitantes.

O reflexo do ilícito também repercute em outra esfera de responsabilização, a administrativa, nos termos do mencionado artigo 10, inciso VIII da LIA, que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é suficiente que o dano seja presumido. Nesse sentido, a doutrina entende que:

[...] a incidência do art. 10 da LIA depende necessariamente da efetiva comprovação da lesão ao patrimônio público econômico (erário), sendo certo que, nas hipóteses exemplificativamente arroladas nos incisos da referida norma, a lesividade é presumida³⁴.

29 Lei 12.846/2013: Art. 5° Constituem atos lesivos à administração pública [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; [...].

30 CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do. **Lei Anticorrupção empresarial**. 3°. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

31 Dispõe a Lei 8.429/1992: Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

32 Dispõe a Lei 8.429/1992: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [...]

33 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n.p.).

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, n. p.).

Na mesma linha, consta na jurisprudência do STJ:

[...] 2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (*dano in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento. [...] (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017).

Outrossim, a conduta tipificada na LIA abrange não apenas o procedimento prévio à contratação (licitação), mas também o contrato, convênio, além da contratação direta³⁵. Percebe-se, pois, nos termos da legislação mencionada, que as condutas praticadas pelas pessoas jurídicas por intermédio de seus agentes e que causem lesão à Administração Pública – mesmo que presumidos – podem ter inúmeros desdobramentos e devem ser pauta de atenção nas tomadas de decisões empresariais, quando se tem como meta a manutenção de vínculos com órgãos públicos, a fim de mitigar riscos e atenuar responsabilidades que possam ser imputadas pela prática de atos – dolosa ou culposa – no desempenho de suas atividades³⁶.

A escolha pela implementação de programas de integridade (*compliance*) à luz da legislação vigente contribui para a gestão de riscos, a identificação de impactos e possíveis desdobramentos prejudiciais do negócio jurídico existente entre pessoa jurídica e órgão público, além de clarear aspectos de condutas que devem ser recomendadas no desempenho de atribuições de cada agente da empresa a fim de evitar responsabilidades.

3. EXIGIBILIDADE DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE (COMPLIANCE) COMO REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

A doutrina corrobora o entendimento da Controladoria Geral da União (CGU) de que o programa de *compliance* “seria um gênero do qual o programa de integridade, previsto na Lei Federal 12.846/2013, constituiria espécie”³⁷. E vem denominando as exigências da Lei

35 PEDRA, Anderson Sant’ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 223).

³⁶ A prevenção e o combate à corrupção precisam ser uma determinação permanente, pois a sua manutenção ou a tolerância de sua rotina mesmo em pequenos espaços traz graves consequências para a organização e o desenvolvimento dos países. Sen assinala três causas principais da permanência da corrupção no serviço público: a) a ausência de informações claras e precisas; b) um ambiente que tolera a corrupção, ou seja, admitir que a corrupção é uma atitude normal do ser humano ou parte deles; c) a ausência de legislação específica que seja de fato efetivada para todos. A legislação em tela nesta abordagem, para o Brasil, é um importante instrumento para a correção das mazelas nas relações dos prestadores de serviço mercados) com o serviço público. (SEN, Amartya. **Glória Incerta: a Índia e suas contradições**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das letras, 2015, p. 114).

³⁷ SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 165.

nº 12.846/2013 como programas de *compliance*, apesar da omissão legislativa nesse sentido. Apesar de não haver um entendimento pacífico quanto ao conceito de programa de integridade ou *compliance*, eles têm sido utilizados como sinônimos³⁸.

Para a CGU, “programa de integridade é um programa de *compliance* específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público”³⁹.

O *compliance* que diz respeito à integridade está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento sustentável⁴⁰ por inúmeras razões, dentre as quais, “a sustentabilidade deve ser analisada de forma holística, inclusive, de acordo com os ditames da integridade”⁴¹. Apesar da inexistência de entendimento pacífico na doutrina, a exigência legal é da existência de programas de integridade como condição para participação em processos licitatórios do poder público.

É a adoção de procedimentos e mecanismos que visam garantir e ampliar a conformidade da empresa às normas e aos regulamentos que disciplinam a participação em contratos públicos⁴², isto é, às leis vigentes de licitações e contratos administrativos, incluídos os regulamentos e as normativas de cada esfera governamental. No âmbito da prestação dos serviços públicos, é decisiva a efetivação de políticas de controle de qualidade visando ao bem de todos os habitantes, conforme destaca Sen: “O funcionamento do setor público é uma questão de interesse geral em todos os países do mundo, até porque todos os países têm um. É evidente que o tamanho e a extensão do setor variam de caso para caso, mas, apesar dessas variações, o problema de implementar a *accountability* no setor público surge em todos os lugares”⁴³.

Como mencionado alhures, a gestão de riscos e o sistema de gestão antissuborno,

³⁸ SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 165.

³⁹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**. Diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em:

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

⁴⁰ Sobre o tema, leia-se: BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Exigibilidade Constitucional da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n.1, p. 98-118, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/6699>. Acesso em: 12 abr. 2023.

⁴¹ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29).

⁴² SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁴³ SEN, Amartya. **Glória Incerta: a Índia e suas contradições**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das letras, 2015, p. 100.

que são objeto de normas técnicas, ISO 31000:2018 e ISO 37001, respectivamente, são atributos implícitos do decreto regulamentador a fim de implementar um programa de integridade. A legislação não obriga que as empresas cumpram os requisitos da lei como diretriz ou mediante certificação as aludidas normas técnicas, mas pode a empresa tomá-la como base. Nesse sentido, Benoit Frydman adverte quanto à legitimidade das normas técnicas, prescrevendo que elas possuem “caráter puramente voluntário e consensual” e “não trariam problema de legitimidade, desde que ninguém fosse obrigado a segui-las, ao contrário, pertence a cada um decidir livremente e positivamente adotar e respeitar um *standard*”⁴⁴. Ainda, que “não é preciso tratar o *standard* como uma fonte formal do Direito, que ele não é, mas considerar mais, de um ponto de vista pragmático, os efeitos de regulamento que ele produz”⁴⁵.

Logo, sendo inexigíveis as normas técnicas para fins de atender aos mecanismos que a legislação ora em comento estabelece, as empresas, na prática, buscarão se valer dessas diretrizes normativas para assegurar que os procedimentos adotados atendem a uma norma que possua um padrão e sejam reconhecidas por outras empresas e “passam a ter maior poder de competitividade no mercado externo”⁴⁶.

Outrossim, inexistente obrigatoriedade para que seja implementado um programa de integridade pelas empresas como requisito compulsório. Nesse sentido, Souza entende que:

Embora o debate acerca dessa questão seja intenso, o *compliance* parece tangenciar a polêmica na medida em que não é, essencialmente, obrigatório e, uma vez adotado, estimula que a empresa e as pessoas que a compõem adotem comportamentos lícitos, éticos e probos. Mas o estímulo é meramente proemial. Não há coerção ou punição para o descumprimento da norma que cria o *compliance*⁴⁷.

Por outro lado, apesar de não existir obrigatoriedade na adesão, a Controladoria-Geral da União instituiu a Empresa Pró-Ética, que visa:

[...] fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de

⁴⁴ FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar para standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82.

⁴⁵ FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar para standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 83.

⁴⁶ FOIATTO, Ana Regina. Regulamentação internacional e brasileira do *compliance*. In: TOMAZ, Roberto Epifanio. **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 43].

⁴⁷ SOUZA, Rene do Ó. O *compliance* como instrumento de política pública de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, out.-dez. 2017, p. 140. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249360>. Acesso em: 24 maio 2023.

atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude⁴⁸.

Ademais, ter o programa de integridade da empresa com aprovação da CGU “não se propõe a listar as empresas ‘mais éticas do país’”, e também não é uma certificação e não gera quaisquer benefícios ou privilégios para as empresas em suas relações com o setor público⁴⁹. Todavia, a exigência compulsória é indireta – ou motivada –, uma vez que a Administração Pública vem a exigir como condição de contratação ou manutenção de contrato administrativo a implementação de programa de integridade efetivo.

Poder-se-ia cogitar que a lei exige apenas em relação a contratos firmados e não à ata de registro de preços que não originam contratos, por ser dispensado quando se trata de bens de entrega imediata, nos termos do §4º, do artigo 62 da Lei 8.666/93. Marçal Justen Filho, em comentário ao dispositivo legal em apreço, corrobora esse entendimento, quando alude que o instrumento de contrato é dispensado, quando ocorrer compra com entrega imediata, prescrevendo que:

[...] a compra com entrega imediata não se confunde com aquela cujo prazo é reduzido (trinta dias, por exemplo). A regra aplica-se ao caso de entrega incontinente, em que a execução do contrato se segue imediatamente após a contratação⁵⁰.

Na mesma linha, Sidney Bittencourt acrescenta que “o dispositivo está intimamente ligado a bens que poderão ser recebidos com imediata conferência e atestado de recebimento⁵¹”. Por sua vez, Torres prescreve que:

Nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restam resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente de valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo⁵².

48 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**. Diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em:

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> . Acesso em: 24 maio 2023.

49 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**. Diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em:

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> . Acesso em: 24 maio 2023.

50 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

51 BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da Lei 8.666/93. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 588).

52 TORRES, Ronny Charles de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 699).

Apesar de exigências legais, questiona-se em que momento é permitido exigir do empresário que contratará com o poder público a comprovação do atendimento dos requisitos legais de integridade. Observa-se que nem a Lei nº 12.846/2013, nem seu regulamento, o Decreto nº 8.420/2015, disciplinou a possibilidade de exigir programa de integridade nos processos de contratação pública, assim como a Lei nº 8.666/1993 também não elegeu como requisito condicionante a participação de empresas nos certames públicos⁵³.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93 estabelece o princípio constitucional da isonomia como de observância obrigatória nos certames públicos, a fim de garantir a competitividade entre os concorrentes que visam entregar a proposta mais vantajosa para a Administração. Assim,

[...] toda e qualquer exigência dessa ordem deve encontrar fundamento normativo e guardar pertinência e relevância com o fim pretendido. Isso vale tanto para os requisitos relacionados com a proposta (solução) como para aqueles adstritos às condições pessoais do interessado (condições de participação e requisitos de habilitação). O programa de integridade não está relacionado com a solução/produto que será ofertada/ofertado na proposta de negócio da Administração Pública, mas sim com as condições pessoais do interessado⁵⁴.

Para Guimarães, portanto, “é plenamente possível o seu acolhimento pelos sistemas de licitação e de contratos administrativos, seja como fator de pontuação de propostas técnicas, seja como requisito de habilitação e condição para a celebração do contrato⁵⁵”. A doutrina, em especial a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é firme em esclarecer que os requisitos de habilitação têm rol taxativo, não podendo a Administração inovar e exigir além do que estabelece a legislação. É o que se verifica no Acórdão 3663/2013, cuja relator foi Marcos Benquerer:

É ilegal a exigência de certificações como critério de *habilitação*, uma vez que tais documentos não estão previstos no *rol* exaustivo contido no art. 30 da Lei 8.666/1993. Não obstante, é lícita a inclusão dos resultados esperados na especificação técnica dos serviços a serem realizados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR, para fins de acompanhamento da execução contratual⁵⁶.

53 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 211.

54 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 213.

55 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 215.

56 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 3663/2013**. Relator Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita>

Como se percebe, a exigência como requisito de habilitação, sem alteração legislativa, não é permitida, podendo, no entanto, a Administração Pública exigir como condição para contratação. Não obstante a exigência legal, as limitações constitucionais e legais existentes no sistema jurídico brasileiro a fim de que se possa viabilizar a exigência de programas de integridade como requisito de habilitação não são uma solução jurídica viável⁵⁷.

Todavia, apesar do entendimento não pacífico da doutrina, entende-se que é possível exigir como condição de execução e manutenção contratual, uma vez que não restringe a competitividade no momento da disputa pública durante a sessão, por ausência de legislação autorizadora, e garante à Administração Pública que tenha vínculo contratual com empresas que possuem integridade no exercício de suas atividades comerciais.

Ainda, pouco é sabido de como efetivamente pode ser comprovada a implementação pelo licitante de um programa de integridade exigido pela lei, pois não há parâmetros estabelecidos para que o agente público possa confirmar a existência de conformidade ética por parte da empresa concorrente. É necessário criar normas infralegais ou orientações normativas a fim de regulamentar a matéria e estabelecer critérios objetivos.

Na praxis administrativa, seria moroso para os agentes públicos ou gestores e fiscais de contratos administrativos, antes da celebração do contrato ou durante sua primeira execução de prazo, avaliar a implementação de programa de integridade, salvo se a avaliação se der pelos requisitos estabelecidos pelo Decreto Federal ou legislação local a que esteja vinculado a Administração Pública contratante.

A certificação por entidade pública, como o caso da Empresa Pró-Ética instituída pela CGU, ou por organismo privado, não soaria como pertinente, uma vez que condicionaria a habilitação da empresa no certame à apresentação de declaração de terceiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação federal trouxe inovações importantes de combate à corrupção a fim de exigir e garantir, daqueles com quem pretende a Administração Pública ter vínculo contratual, um vínculo ético e íntegro, visando ao bom uso dos recursos do contribuinte. Todavia, as normativas não são compulsórias, mas facultativas para o mercado privado, exigindo-se apenas daqueles que celebrarão os contratos administrativos, por expressão omissão legislativa nas normas gerais de contratação pública, que implementem programas

[%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20AN OACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/5/sinonimos%3Dtrue?uuid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc](#). Acesso em: 25 abr. 2023.

57 SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

de integridade a fim de manter contratos ou celebrar novos com a Administração Pública.

Por sua vez, as empresas interessadas em se adaptar às novas leis encontram dificuldades em sua execução, uma vez que o mercado privado não disponibiliza certificações específicas que atendem toda a legislação, apenas etapas do processo, como as ISO de gestão de riscos e gestão antissuborno, que não são suficientes para preencher os requisitos legais de integridade, tampouco as leis o exigem, uma vez que dependeria de declaração de terceiro, o que condicionaria a participação das empresas em certames públicos, ferindo o princípio da isonomia, corolário da competitividade.

A avaliação do cumprimento das condições de implementação do programa de integridade que deve ser verificado pelos agentes públicos não está definida, devendo avaliar cada contratado o que vem a gerar demasiada complexidade, e o edital estabelecer a forma de como deveria ocorrer tal avaliação.

Este artigo buscou contribuir, ao trazer argumentos para demonstrar que, se bem aplicados, o *compliance* é uma ferramenta importante para a mitigação de riscos de responsabilização dos dirigentes e empresas, evitando responsabilização por atos lesivos ao patrimônio público e imputação por crimes ou sanções por atos de improbidade administrativa. Evidenciou-se que o *compliance* e a gestão de riscos são instrumentos hábeis que orientam os dirigentes e administradores de empresas para o saneamento de falhas irregulares e ilegais e que o uso dessas ferramentas pode evitar condutas geradoras de responsabilização, contribuindo para a integridade da atividade econômica que implementou um programa de *compliance* nos termos da legislação vigente.

O caminho está aberto, a atualização legislativa é iminente, e as empresas que pretendem celebrar ou manter seus contratos com a Administração Pública devem se adequar às novas exigências legais e interiorizar os procedimentos de ética e integridade em sua administração privada. Não se trata apenas de ser íntegro, mas também aparentar ser íntegro mediante a comprovação exigidas pelas normas vigentes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABNT. **Gestão de Riscos**. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/imprensa/releases/5753-lancada-a-nova-versao-da-norma-iso-31000-gestao-de-riscos> Acesso em: 09 fev. 2023.

BAZO, Andressa Loli. Lei anticorrupção: direito administrativo sancionador e sua interface com o direito penal. *In: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, vol. 1, p. 165-184, jan.-mar. 2020. Acesso em: 08 mar. 2023.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da Lei 8.666/93. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Exigibilidade Constitucional da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, p. 98-118, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/6699>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 12.846/2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.420/2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 14 maio 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1295/1995**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 25 abr. 2023.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**. Diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria nº 1.214, de 08 de junho de 2020**. Regulamenta os requisitos e o procedimento de reabilitação de que tratam o inciso IV e o § 3º do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no âmbito da Controladoria-Geral da União. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.214-de-8-de-junho-de-2020-260787863>. Acesso em 24 maio 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do. **Lei Anticorrupção empresarial**. 3º. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (online).

FOIATTO, Ana Regina. Regulamentação internacional e brasileira do *compliance*. *In*:

FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. *In*: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito: governar para standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. 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, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236188>. Acesso em: 24 maio 2023.

GARCIA, Emerson. A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa. *In*: **Cadernos FGV Projeto/Lei Anticorrupção: transparência e boas práticas**. Abril 2016, Ano 11. N°27. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernoleianticorruptcaosite.pdf>. Acesso em: 28 maio. 2023.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. **Revista brasileira de direito**, vol. 16, n 2, maio-ago. 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/issue/view/189>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: [s.e], 2014.

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

HARGER, Marcelo. A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013. *In*: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 2, p. 99-110, jul.-set. 2017. Acesso em: 28 maio 2023.

HOFFMANN, Fernando; MORAIS, José Luiz Bolzan de. A construção de uma nova normatividade “imperial” e o papel do constitucionalismo no contexto do “império”. **Novos**

estudos jurídicos, vol. 27, n. 2, set.-dez. 2022, Itajaí. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16119>. Acesso em: 15 maio 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos**. São Paulo: IBGC, 2017. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/22121/Orienta%3%a7%3%b5es%20sobre%20Risco%20cad3.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. *In*: LUCAS, Douglas Cesar *et al.* (org.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias**. Vol. 2, p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

MATSUSHITA, Thiago Lopes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. O poder econômico privado contemporâneo em face da constituição do Federal Reserve e da Monetização da dívida. **Revista brasileira de direito**, vol. 17, n. 3, E4583, set.-dez. 2021. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4583/2940>. Acesso em: 20 maio 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (online).

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEDRA, Anderson Sant'ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa**. Salvador: Juspodivm, 2019.

RODRIGUES, André Luis Friaça *et al.* Gestão de riscos (risk management): desafios e melhores práticas. *In*: FRANCO, Isabel. **Guia prático de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (online).

SARAIVA, Bruno Cozza; DEUS, Cleber de. O contrato social moderno antes e após a pandemia: o constitucionalismo e a estado de exceção. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 27, n. 3, set.-dez. 2022, Itajaí.. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19200/11059>. Acesso em: 10 maio 2023.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SEN, Amartya. **Glória Incerta: a Índia e suas contradições**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

SOUZA, Renee do Ó. O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, out.-dez. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249360>. Acesso em: 24 maio 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1499706/SP**, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe: 14/03/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271499706%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271499706%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271499706%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271499706%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 mar. 2023.

TOMAZ, Roberto Epifanio. **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TOMAZ, Roberto Epifanio. O que é *copliance*? Histórico, conceito e objetivos. In: TOMAZ, Roberto Epifanio (org). **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TORRES, Ronny Charles de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2197/2007**. Relator Augusto Sherman. DJ: 17/10/2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 3663/2013**. Relator Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/5/sinonimos%3Dtrue?uuid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 abr. 2023.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

INFORMAÇÕES DO AUTOR

Neuro José Zambam

Estágio de Pós-Doutorado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - 2014) e Universidade Réggio di Calábria (2021). Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de

Pós-Graduação em Direito da ATITUS EDUCAÇÃO de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho Ética e Cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia). Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen.

Dionis Janner Leal

Doutorando em Direito pela Unijuí. Bolsista CAPES. Mestre em Direito (2021) na área de concentração Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMED Passo Fundo.

Alina Celli Frugoni

Possui estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - 2018). Doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante (Espanha). Doutora em Direito e Ciências Sociais pela Universidade da República (Uruguai). Mestre em Direito pela Universidade de Montevidéu (Uruguai). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Austral (Buenos Aires). Professora pesquisadora da Universidade da Empresa (Uruguai).

COMO CITAR

ZAMBAM, Neuro José; LEAL, Dionis Janner; FRUGONI, Alina Celli. Estratégias para diminuição de riscos de sanção em contratos públicos a partir da lei 12.846/2013. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 3, p. 470-493, 2023. DOI: 10.14210/nej.v28n3.p470-493.

Recebido em: 23 de mai. de 2023

Aprovado em: 28 de ago de 2023