XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL II

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

VERONICA LAGASSI

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Maria De Fatima Ribeiro

Veronica Lagassi – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-824-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

A busca pelo desenvolvimento econômico sustentável é algo indubitável em qualquer país, quiçá no contexto em que a sua sociedade é preponderantemente desigual. Assim, o agente econômico torna-se peça fundamental para uma politica de inclusão social com vistas ao desenvolvimento econômico sustentável. Neste sentido, faz-se necessário e presente o papel da academia não só como fomentador ou meio propagador do conhecimento, mas também na função de análise das crises econômicas ou politicas pelas quais atravessa o país. Tal análise é essencial para a criação de caminhos ou diretrizes para a superação dessas crises. Foi a partir deste cenário que realizou-se em Goiânia – GO, entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, o XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, com o tema "Constitucionalismo Critico, Politicas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo".

O evento foi possível a partir da participação ativa de professores, pesquisadores, mestres ou doutores de todo o país, os quais contribuíram significativa e democraticamente para a exposição dos trabalhos e para o desenvolvimento de debates acadêmicos consubstanciados nos resultados apresentados nas pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados relativos ao Grupo de Trabalho de Direito Empresarial durante o XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, demonstraram não apenas o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas para superação da crise, mas também com o fortalecimento da própria disciplina de Direito Empresarial ou o seu papel regulador de novas realidades sociais como, por exemplo, a criação de um contrato de namoro na família empresária. Assim, no âmbito do GT de Direito Empresarial foram apresentados e debatidos temas absolutamente relevantes ao contexto atual e indispensáveis para o desenvolvimento do Direito no Brasil, abordou-se assim desde um questionamento sobre a necessidade efetiva de um novo Código Comercial até a análise do desenvolvimento da regulamentação da EIRELI pelo DREI, perpassando por questões atinentes aos contratos empresariais, inclusive de franquia, construção ajustada ao de namoro na família empresária, bem como por questões sempre em voga como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica, do nome empresarial como direito da personalidade ou de compliance como instituto indispensável à política pública. Mas, apesar da riqueza no que tange as apresentações e na abordagem destes temas, o GT de Direito Empresarial não se descuidou do mote que deu nome ao XXVIII

Encontro Nacional do Conpedi e também abordou temas correlacionados à superação da crise abordando temas correlatos à recuperação judicial e a falência, como foi o caso da legitimidade do rural na propositura do pedido de recuperação judicial ou da consolidação do ato revogável com vistas à Ação Revocatória ou ainda, uma preocupação com o conceito de mercado eficiente.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Profa Dra. Veronica Lagassi – UFRJ / IBMEC-RJ / FACHA

Profa Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPLIANCE EMPRESARIAL E CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA PROFILÁTICA DE FOMENTO À PROBIDADE EMPRESARIAL.

BUSINESS COMPLIANCE AND PUBLIC PROCUREMENT: THE IMPLEMENTATION OF A PROPHYLACTIC PUBLIC POLICY TO PROMOTE BUSINESS PROBITY.

Pedro Durão [1]
Luã Silva Santos Vasconcelos [2]

Resumo

O artigo pretende avaliar a exigência do compliance empresarial na contratação pública como uma política pública de caráter preventivo de incentivo à probidade empresarial. Para tanto, a partir da utilização do método hipotético-dedutivo, com base em dados teóricos obtidos através de pesquisa bibliográfica exploratória, pretende-se: avaliar as principais características de um programa de compliance; perquirir a constitucionalidade dessa exigência para firmar contrato com o setor público; bem como avaliar o compliance empresarial, a contratação pública e as políticas públicas como instrumentos simbióticos que podem fomentar a probidade empresarial.

Palavras-chave: Compliance, Contratação pública, Políticas públicas, Probidade empresarial, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to evaluate the requirement of corporate compliance in public contracting as a public policy of preventive character of incentive to business probity. Therefore, using the hypothetical-deductive method based on theoretical data obtained through exploratory bibliographic research, it is intended: to evaluate the main characteristics of a compliance program; to investigate the constitutionality of this requirement to enter into a contract with the public sector; as well as evaluating corporate compliance, public procurement and public policies as symbiotic instruments that can foster business probity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance. public procurement, Public policies, Probity, Public administration

[1] Pós-doutorando pela Universidad de Salamanca - Espanha. Meste e Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS - PRODIR). Procurador do Estado.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Direito Administrativo. Graduado em Gestão Pública. Analista do Ministério Público de Sergipe- especialidade Direito.

1 Introdução

A globalização econômica experimentada com peculiar expansão no século XXI, impulsionada pelo avanço tecnológico, fez emergir a crescente necessidade das organizações empresariais e governamentais acompanharem essa evolução que acontece em uma velocidade própria do dinamismo da sociedade atual.

Neste contexto, sabe-se que atualmente a sociedade é extremamente interconectada, razão pela qual instrumentos adotados em dado local e momento têm alcance que perpassam os limites fronteiriços tornando-se uma ferramenta, se assim pode-se afirmar, de domínio público. Exemplo disso, é o instituto denominado *compliance*.

O gerenciamento dos riscos tanto na atividade empresarial quanto na estatal pode ser previsto, dimensionado e implementado, através da adoção de programas de integridade, como uma ferramenta de gestão capaz de promover uma cultura de prevenção de riscos em detrimento do aspecto meramente punitivo.

Assim, vê-se que, inobstante o *compliance* seja um instituto bastante difundido e uma prática usual em âmbito internacional, no Brasil as principais discussões, ainda, encontram-se em situação embrionária.

Portanto, partindo de tais antecedentes conceituais, o estudo que será desenvolvido, sem descurar do necessário enfoque às características e modelo de programas de *compliance*, passará, necessariamente, pelo enfrentamento dos seguintes problemas: A exigência do *compliance* empresarial na contratação pública pode ser considerada uma política pública de incentivo à probidade empresarial? Quais as principais características de um programa de *compliance*? É constitucional a imposição como requisito para contratação com o setor público ter o licitante implementado em sua organização um programa de *compliance*? O *compliance* empresarial, a contratação pública e as políticas públicas podem ser considerados uma construção simbiótica visando fomentar a probidade empresarial?

A metodologia utilizada será a do método hipotético-dedutivo, que se caracteriza principalmente pelo seu aspecto lógico. Ainda, serão abordadas técnicas de pesquisa qualitativa, com base em dados teóricos, obtidos através de pesquisa bibliográfica exploratória.

O estudo não pretende enveredar-se na seara da análise do instituto sob o prisma penal, que remete a ideia do *criminal compliance* busca, sim, analisar o *compliance* sob o prisma administrativo-empresarial, concentrando-se em seu caráter preventivo e, assim, sendo, podendo ser um meio de incentivar, através da implementação de uma política pública, a lisura nas contratações públicas.

2 *Compliance*, uma breve análise do instituto

2.1 Noções introdutórias e conceituais do *compliance*

No estudo do *compliance*, importa, propedeuticamente, estabelecer a acepção do termo, cuja origem vem do verbo *to comply* que traduzido do inglês significa, em conformidade, de acordo com algo.

Quanto ao conceito de *compliance*, Coimbra e Manzi (2010, p.2) sintetizam que "é o conjunto de ações destinadas à observância do dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatória".

No mesmo sentido, Silveira e Saad-Diniz (2015, p.65) aduzem "*Compliance* diz respeito a uma prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos".

Dessa forma, o termo *compliance* expressa uma ideia de estar de acordo com as regras, com o atendimento preventivo do regramento por parte das empresas objetivando que se evite uma futura punição pela prática de atos em desconformidade com a lei.

A hodierna sociedade dita de riscos impõe a seus atores sociais que adotem posturas preventivas no seu cotidiano, visando antever situações que possam causar qualquer tipo de prejuízo. E no mundo empresarial essa prevenção ganha ainda maior razão de existir considerando os riscos inerentes a todo negócio.

Assim, compete ao setor empresarial valorizar uma nova cultura organizacional no sentido de adotar o *compliance* como ferramenta de gestão empresarial de suma importância para o planejamento e organização da empresa, uma vez que seu viés preventivo contribuirá para evitar prejuízos futuros, sejam de cunho financeiro ou até mesmo reputacional.

Importa, portanto, mencionar que no tocante ao c*ompliance* sua origem remete à criação do Banco Central dos Estados Unidos da América em 1913, e foi se desenvolvendo, posteriormente, impulsionado por outros eventos tais como: a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 e a criação da política econômica intervencionista denominada *new deal (*MANZI, 2008, p. 27).

Vê-se que, o *compliance* tem suas raízes surgidas da necessidade de regulação das instituições financeiras. No entanto, atualmente sua aplicação não se encontra adstrita apenas a esse setor, trata-se de mecanismo de aplicabilidade em diversas áreas, sejam elas tributária,

empresarial, criminal, ambiental, como também em outras organizações (entidades públicas, sociedades empresariais, entidades do terceiro setor).

Nesse processo de criação, formação e difusão do *compliance*, a experiência internacional mostra que é um instituto que vem sendo utilizado sistematicamente em outros países. Já no Brasil somente tornou-se um tema a ser discutido com maior amplitude nos últimos anos, mormente, ligado à área do *criminal compliance*.

2.2 *Compliance* e os programas de integridade

Os termos *compliance* ou programa de *compliance*, por vezes, são empregados como sinônimo de programa de integridade empresarial, ocorre que, inobstante finalisticamente possam vir a representar o mesmo instituto, não o são.

Da interpretação que se extrai da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o programa de integridade nela previsto trata-se de espécie cujo gênero é programa de *compliance*. No entanto, tal diferenciação não é tema pacífico na doutrina, razão pela qual no presente estudo não será feita distinção entre os conceitos[1]

Superada a questão terminológica acima versada, cumpre abordar os elementos necessários para implantar um programa de *compliance* no Brasil. Para isso, recorrer-se-á aos requisitos elencados no artigo 42 do Decreto Federal nº 8420/2015, que regulamenta a Lei anticorrupção, fixando os parâmetros necessários para se criar um programa de integridade[2].

---

[1] Nesse sentido, o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União apresenta um conceito para *compliance*, diferenciando, programa de *compliance* e programa de integridade "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".*

[2] Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva

A implantação de um programa de *compliance* requer uma análise interna da organização para que seja nele inserido aspectos como área de atuação (pública ou privada), tipo da atividade, local que a desempenha, cultura organizacional, entre outros. A partir dessa avaliação passa-se para a efetiva elaboração do programa e para tanto pode-se valer dos parâmetros definidos no Decreto acima mencionado.

Ressalte-se que, aspecto sensível na análise dos programas de integridade reside na sua efetividade. Implantar formalmente um programa de integridade em nada contribuirá para obtenção da cooperação interna e externa, se não houver a adoção de medidas efetivas para que seja colocado em prática. Da análise dos requisitos de um programa de *compliance* intui-se que, facilmente, uma organização pode, premeditadamente, após implementar o programa, na prática não dispor dos meios para que ele funcione efetivamente. Se assim ocorrer, o programa não pode ser considerado como implementado e a reputação da organização bem como os benefícios que poderiam ser obtidos não terão seu intento alcançado.

O modelo legal, acima relatado, com definição de parâmetros para um programa de *compliance* não constitui único modelo que pode ser adotado por quem pretenda implantá-lo. Nesse sentido, cumpre citar o modelo adotado por GARCÍA CAVERO (2014, p.28), estruturando-o em três pilares, cada qual subdividido em três pontos.[3]

Outro aspecto de essencial importância no *compliance* é a presença de uma pessoa responsável pelo setor que ficará encarregado para acompanhar a contínua aplicação do programa na organização. Tal profissional, *compliancer officer* ou instância de *compliance*, segundo Schramm (2019, p. 172):

> É o eixo ao redor do qual o sistema de integridade se constrói. O *compliance officer* é, regra geral, alguém do quadro de colaboradores da empresa que deve atuar com o máximo de independência e autonomia possível, sobretudo no fomento da ética e da observância à legislação e aos regulamentos internos, no processo investigatório e na

remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

[3] 1ª Coluna: Formulação (identificar, definir, estruturar): a) análise de riscos e valoração de riscos, b) definição de medidas de prevenção, detecção e comunicação, definição dos valores da empresa, e c) criação de uma estrutura de *compliance*, 2ª Coluna: Implementação (informar, incentivar, organizar): a) comunicação e detalhamento das especificações de *compliance*, b) promoção da observância do *compliance*, e c) medidas organizacionais para a criação de processos de *compliance*, *e* 3ª Coluna: Consolidação e Aperfeiçoamento (reagir, sancionar, aperfeiçoar), a) estabelecimento de um processo para apuração de violações ao programa de *compliance*, b) estabelecimento dos critérios para a sanção das violações ao programa de *compliance*, e c) avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa.

> imediata comunicação de eventos ilícitos detectados, independentemente do grau hierárquico dos envolvidos.

Enfim, a instituição de um programa de *compliance* na empresa tem dois vieses, prevenir e combater ilegalidades ocorridas interna *corporis*, nesse sentido esclarecedora é a pontuação feita por Veríssimo (2017, p. 91):

> O *compliance* tem objetivos tanto preventivos quanto reativos. Visa a prevenção de infrações legais em geral assim como a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita, na hipótese de que essas infrações se concretizem. Além disso, impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso.

O objetivo deste estudo não se traduz especificamente na análise minuciosa da estruturação dos programas de *compliance*, razão pela qual não será aqui detalhado cada um dos parâmetros acima relatados. Assim, evita-se correr o risco de tangenciar a hipótese da pesquisa, que será detalhada nos itens a seguir.

2.3 Regime Jurídico do *compliance* no Brasil

Fixadas premissas indispensáveis para a compreensão do instituto, impõe-se avançar no aspecto da juridicidade do *compliance*, a fim de investigar quais os instrumentos jurídicos o regulam. E, nesse intento o espectro dessa análise cingirá em torno do regime jurídico no Brasil, a fim de mais adiante com a base legal sedimentada enfrentar a questão central proposta, a formulação pelo Poder Público de uma política pública incentivadora da implantação do *compliance* pelos entes licitantes visando fomentar a ética empresarial com profundos reflexos no combate à corrupção. Tratar-se-á com mais detalhes dos atos normativos atinentes ao *compliance* nas linhas seguintes.

Com efeito, necessário se faz iniciar a análise do *compliance* com uma digressão histórica dos atos normativos que o regulamentam no Brasil, iniciando com a edição, hoje da já distante Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/1998. Vê-se, pois, que tal lei previu, de forma precursora, a obrigatoriedade das empresas indicadas no seu art. 9º instituírem uma espécie de sistema de *compliance*, procedimentos a serem adotados pelos integrantes do sistema financeiro, a exemplo, dentre aqueles previstos nos artigos 10 e 11 da Lei, da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros e a comunicação de operações financeiras suspeitas aos órgãos competentes.

Posteriormente, houve a previsão do *compliance* na Lei Anticoncorrencial (Lei nº 12.529/2011). No ano de 2013 houve previsão de programa de *compliance*, na popularmente conhecida Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)[4]. Neste ato normativo não se pretendeu regular regras específicas de integridade, mas tão somente prever que a existência do programa no âmbito da pessoa jurídica utilizada para prática de atos de corrupção é um fator atenuante na aplicação das sanções. Ressalte-se que, a Lei Federal nº 12.846/2013 tem o intento de conceder atenuação da pena, quando houver na empresa programa efetivo de integridade. Nesse sentido, Schramm (2019, p.136) aduz:

> A Lei Federal nº12.846/2013 prevê expressamente que a existência de programa de *compliance* deverá ser levada em conta na aplicação das sanções. Não exige que o programa tenha impedido a ocorrência do ilícito investigado [...] O que se pretende é incentivar as empresas a implementarem mecanismos de controle interno com o máximo de eficiência possível. Todo e qualquer esforço nesse sentido é válido, desde que, é evidente, não se trate de um mero embuste da empresa.

No tocante à previsão do *compliance* na Lei Anticorrupção impõe-se abrir um parentêses na sequência de leis pertinentes para referir-se a um ato infralegal de grande importância na sedimentação de aspectos e parâmetros não tratados no ato legal mencionado, que é o Decreto nº8.420/2015 (regulamenta a Lei nº12.846/2013). A despeito do Decreto ter sido editado somente 2 anos após publicação da norma regulamentada não se deve menosprezar a sua importância, uma vez que somente com a entrada em vigor da norma regulamentadora, que tanto se aguardava, foi possível conferir uma maior segurança jurídica à aplicação do instituto do *compliance* em casos de corrupção empresarial. Ademais, como já mencionado, outrora, nesse estudo, o Decreto 8.420/2015 propiciou a definição, dentre outros, da conceituação, da definição de parâmetros mínimos para aplicação da atenuação da sanção e do estabelecimento de requisitos indispensáveis para a elaboração de um programa de *compliance*.

Mais recentemente o ato legal que melhor detalhou o instituto foi a Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016, prevendo em seu teor vários mecanismos de integridade, agora, destinado à implementação pelas entidades estatais e suas subsidiárias.

Convém, advertir ao leitor que dentre as normas citadas acima a única que não confere caráter obrigatório à adoção do *compliance* é a Lei Anticorrupção (*compliance* facultativo), nas demais o tipo de *compliance* é o obrigatório.

---

[4] Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - 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;

Por fim, em que pese se reconheça a importância de tecer considerações abrangentes quando se trata de análise do arcabouço normativo atrelado ao tema *compliance*, não constitui esse aprofundamento objetivo do estudo, razão pela qual assentou-se, apenas, aspectos gerais do instituto.

3 Aspectos propedêuticos da Licitação e Contratação pública

3.1 Breves apontamentos sobre Licitação e contratação pública

As inúmeras transações realizadas cotidianamente pela Administração Pública, visando a aquisição de bens e serviços para a regular manutenção dos serviços públicos a coloca num patamar de especial destaque como contratante no mercado de bens e serviços. Para tal consecução, o poder público deve adotar um procedimento que garanta igualdade de oportunidades para aqueles que tenham o intento de fornecer essas necessidades materiais ao Estado.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, XXI, impôs a obrigatoriedade da realização de licitação pública em obras, serviços e alienações contratados pela Administração Pública.

O dispositivo constitucional alhures, foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alcançando, assim, todos os entes federativos da Administração direta, indireta e todos as entidades controladas direta ou indiretamente por aqueles.

Em síntese, licitação pública trata-se de procedimento administrativo formal regulamentado por um instrumento convocatório, o edital, através do qual a Administração Pública direta, indireta e entidades controladas pelo poder público estão, em regra, obrigatoriamente sujeito a sua realização para o fim de contratação de obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações observado os princípios da supremacia do interesse público, da vantajosidade, isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável (MELLO, 2011, p.530).

Selecionada mediante procedimento administrativo a proposta mais vantajosa para a Administração passa-se para a etapa da formalização da avença, através do contrato administrativo.

E, é na fase da contratação pública que se torna mais adequado qualquer tipo de exigência relacionada à comprovação de regularidade da empresa vencedora da licitação. Assim, caso pretenda-se adotar uma política pública de fomento à prevenção de riscos na relação poder público/ setor empresarial, a obrigatoriedade de se ter implantado um programa de *compliance* na empresa mostra-se como medida adequada de ser exigida na fase da contratação e não, como será tratado mais adiante, no bojo do procedimento licitatório.

3.2 Competência Legislativa em Matéria de Licitação

A República Federativa do Brasil adotou a forma Federativa de Estado, instituindo-a como como cláusula pétrea, e assim sendo no tocante à organização político-administrativa dos entes federativos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 18 da CF que todos os entes federativos são autônomos, fixando, para manter a harmonia do sistema, a técnica da repartição de competências definindo o campo de atuação de cada ente.

Nesse sentido, esclarecem Mendes, Coelho e Branco (2008. p. 799):

> Como Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para este fim. A repartição de competência consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria de lhe seja própria.

Especificamente quanto à competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação, a Constituição Federal 1988 em seu artigo 22, XXVII conferiu à União a regulamentação dessa matéria. Destarte, os Estados, Municípios e o Distrito Federal não devem imiscuir-se em matéria de normas gerais de licitação, pois se assim o fizerem estariam usurpando a competência reservada somente à União.

O termo "normas gerais" mencionado no citado dispositivo constitucional é objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência pátria, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado. Assim sendo, a definição do que seria norma geral em licitação requer do interprete um juízo de valor do alcance do conceito indeterminado, bem como de uma interpretação mais acurada.

Nesse sentido, Justen Filho (2002, p.16) explica:

> A expressão norma geral pressupõe a existência de norma especial. Portanto, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e

> contratos administrativos. Os demais entes federativos também dispõem de competência para disciplinar o tema.

4 A exigência do *compliance* para a contratação com a Administração Pública e a promoção de uma política pública indutora da probidade empresarial.

4.1 A exigência do *compliance* no momento da contratação pública: análise das Leis Estaduais do Rio de Janeiro e do Distrito Federal.

4.1.1 A Lei nº 7753/2017 do Estado do Rio de Janeiro: breves apontamentos.

A aparentemente infindável crise ética na Administração Pública do Estado do Rio de Janeira evidenciada pelos inúmeros casos de corrupção foi pano de fundo para a edição da Lei Estadual nº 7753/2017, que trata sobre a instituição de programa de integridade nas empresas que contratem com a Administração Pública.

De pronto, é imperioso ressaltar que a exigência de que a empresa contratada tenha instituído um programa de *compliance* não constitui em verdade um requisito de habilitação no procedimento licitatório.

A lei em questão estabeleceu a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Assim, os parâmetros fixados, o primeiro de valor e o segundo temporal, são postos não na fase licitatória e sim no momento de celebração do contrato. O descumprimento pelo contratado desses parâmetros ensejará a aplicação de multa de 0,02% (dois centésimos por cento), por dia, incidente sobre o valor do Contrato.

Logo, a não comprovação de ter implantado o programa de integridade na fase de contratação resultará em infração de uma cláusula contratual e não inabilitação ou desclassificação do licitante.

4.1.2 O caráter mais restritivo da Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal

À semelhança da norma tratada na seção anterior, o Distrito Federal instituiu em seu âmbito de competência a Lei Distrital nº 6.112/2018 fixando a obrigação contratual, no sentido que as empresas implantem programa de *compliance* para estarem aptas a contratar com o poder público. A lei distrital, com redação muito parecida com a fluminense, apresenta os seguintes traços distintivos desta. Primeiro, os valores diferem já que a lei distrital foi mais restritiva estabelecendo, limites de valor iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para que que esteja submetida à multicidada exigência.

Segundo, o valor da multa contratual pelo descumprimento do preceito é de 0,1%, por dia, incidente sobre o valor atualizado do contrato, limitado a 10% do valor total do mesmo. Terceiro, a lei distrital indubitavelmente preocupou-se mais em evitar a apresentação pelas empresas de programas de *compliance* meramente formais, razão pela qual previu diferentes formas pelas quais a empresa contratada comprove a efetividade do seu programa de integridade. Nos demais aspectos as leis comungam, basicamente, das mesmas disposições.

4.2 A (in)constitucionalidade da exigência do *compliance* como requisito para contratação pública.

Assentados aspectos gerais sobre as legislações que circundam o tema deste artigo, cumpre enfrentar a questão atinente à perquirição de uma possível inconstitucionalidade das leis fluminense e distrital tanto sob o aspecto formal quanto material.

A questão inicial a ser levada em consideração diz respeito à possibilidade de lei estadual ou distrital dispor sobre normas relativas à licitação e contratação pública.

Conforme já assentado linhas acima, à União compete legislar sobre normas gerais relativas à licitação e contratação pública, e assim, surgem questionamentos acerca de outros entes federativos legislarem sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 3059/ RS consignou que é atribuída à União a atividade legiferante em matéria de normas gerais de licitação, sobre tal discussão já existe precedente na Corte Suprema originado da ADI 927-MC, nos termos do voto do Ministro relator Carlos Velloso ficou acentuado que: “penso que norma geral deve apresentar generalidade maior do que apresenta, de regra, as leis. Penso que a norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral”.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem legislar sobre a exigência de *compliance* na contratação pública, tendo em vista que não se trata de assunto atinente à norma geral de licitação, podendo-lhes, pois, regular a temática objeto deste estudo de forma suplementar. Assim, não há inconstitucionalidade formal na exigência do *compliance* como requisito para contratação pública, pois aqui não se está tratando de norma geral de contratação pública, sendo possível que os outros entes federativos regulamentem temas específicos.

Por outro turno, pode ser aventada, também, a inconstitucionalidade material das normas por afronta ao princípio da isonomia, considerando-se que a exigência do programa de integridade afeta o caráter competitivo do certame.

Igualmente, não pode prosperar tal hipótese uma vez que a exigência aqui tratada não limita o caráter competitivo. Constitui, em verdade, uma faculdade da Administração impor obrigações contratuais, desde que atendido o princípio da legalidade, com o fito de resguardar o cumprimento do contrato. Situação diversa, e talvez digna de uma investigação mais acurada seria o caso da exigência do *compliance* como requisito de habilitação.

4.3 *Compliance*, contratação pública e políticas públicas: uma simbiose necessária

No transcorrer desse estudo foram esposados aspectos gerais atinentes ao *compliance* e a contratação pública a fim de se construir um raciocínio sequencial desses institutos para ao fim perquirir qual mecanismo/instrumento seria ponto de interseção simbiótica entre eles. Eis o momento.

É cediço que, o Estado possui dentre seus poderes de atuação o denominado poder de império, no qual certos atos por ele emanados tem o condão de vincular os administrados, com o fito maior de preservar o interesse público. Assim, no desempenho da sua função legislativa, cujo caráter é cogente, o Estado pode intervir nas relações sociais para atender um objetivo específico e, por conseguinte, o faz através da implementação de políticas públicas, nesse caso hauridas no bojo de atos normativos, como será explicitado adiante.

A expressão política pública, segundo Barcelos (2006, p. 17-54), pode designar em linhas gerais:

> A coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente, que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas.

Logo, após o desenvolvimento desse marco conceitual constata-se que, se o Estado no exercício do seu poder de império pretende, de alguma forma, regular ou fomentar a adoção de determinado mecanismo de controle o fará por meio de políticas públicas.

Quanto à regulação estatal de determinadas atividades, quando se trata de *compliance* o modelo adotado é o da corregulação que "alude à forma de regulação estatal do mundo empresarial caracterizada pela incorporação do ente privado no processo de regulação, de forma subordinada aos fins concretos ou interesses públicos predeterminados pelo Estado" (VERÍSSIMO, 2017, p. 110).

Desse modo, a imposição como requisito para contratação, se previsto em lei, da obrigatoriedade de existência de um programa de integridade, no âmbito da empresa que pretende celebrar contrato com a Administração Pública, é invariavelmente uma adoção de política pública que visa precipuamente evitar a corrupção empresarial-administrativa.

Tal política pública com viés eminentemente regulatória e preventiva seria uma ação do Estado para incentivar a promoção de uma ética empresarial, mormente perante aqueles que contratam com a administração pública, e por conseguinte visa desestimular a prática de atos corruptos que pairam sob o cotidiano do Poder Público. Destarte, a implementação desse modelo incentiva, ainda, que de forma indireta a formação de uma cultura de probidade empresarial, caracterizando-se como uma política pública de cunho geral e regulatório.

Nesse diapasão, Junior e Dotti (2012, p. 32), afirma que *"*A norma inscrita no art. 37, XXI da CR/1988 porta todas as características de política pública concernente à atividade contratual do Estado brasileiro*"*. E mais adiante completa os autores "o dever de licitar, além de traduzir, ele próprio, política pública constitucional, serve de ferramenta à estimulação do cumprimento de outras políticas públicas. Legislação extravagante volta e meia incursiona no tema das contratações administrativas para atender a política setoriais"

Assim, à semelhança do que destaca os autores acima citados, quanto à norma insculpida no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 ser considerada uma política pública, a exigência que as empresas licitantes apresentem seus programas efetivos de *compliance* também pode ser classificada como uma política pública.

Ao abordar a temática central deste artigo é imperioso considerar que a exigência do *compliance* para a contratação com a administração pública não se trata de requisito para a fase de habilitação, haja vista a Lei 8.666/93 traz um rol taxativo de requisitos e se assim pretendesse incluir o *compliance* como mais uma obrigatoriedade, somente poderia ser por meio de alteração legislativa (SCHRAMM, 2019, p.322)

Sem descurar das importantes críticas feitas por parte da doutrina quanto à inexequibilidade desse modelo obrigatório, considerando que pode vir a elevar os custos da contratação, o posicionamento aqui defendido não corrobora totalmente tais apontamentos.

O ponto primordial de discordância é que a corrupção sistêmica vivenciada no Brasil, talvez, por si só seja justificativa suficiente para impor restrições na contratação para a exigência do *compliance*. Ademais, quanto aos custos que serão elevados para a elaboração e implantação de um programa de *compliance* defende-se que tal obrigatoriedade, a exemplo do que foi feito pelo Estado do Rio de Janeiro, seja exigido apenas para aquisições públicas de grande monta. Assim sendo, quem tem a capacidade econômico-financeira para concorrer em uma licitação de grande valor, por consequência, será mais cedo ou mais tarde impelido pelo mercado a autorregular-se como uma forma de prevenir os riscos do negócio e até mesmo, para quem assim entende, valorizar o caráter reputacional da empresa.

Esse é o posicionamento que defende Sundfeld (2016, p.96):

> Quando se reflete sobre a possibilidade de as contratações públicas exigirem também das empresas privadas concorrentes a adoção de programas de *compliance*, sobretudo os voltados a evitar casos de corrupção envolvendo agentes públicos, algumas considerações devem ser feitas. Por um lado, se o controle *per se* já é uma etapa complexa do processo de licitação, a inserção da análise de diferentes programas de *compliance* das empresas poderia tornar mais conflituoso e demorado o processo de licitação. por outro lado, uma possível melhoria poderia ocorrer, por meio da reforma da legislação de contratações públicas, se fosse permitido o uso de rating das empresas para definir a contratação.

Não obstante, como já assentado, exista quem não concorde com essa cogência elevada a patamar de política pública, sob o argumento de violação ao princípio da competitividade no procedimento licitatório, é inegável os reflexos que dela decorrerão, considerando que a implementação de efetivo programa de *compliance* nas empresas que celebrem contrato com o poder público criará uma cultura de probidade empresarial podendo resultar, ainda, que indiretamente a mudança de paradigma nesse tema.

5 Aporte final

Os recorrentes casos de corrupção que colocam o Brasil na posição de nº 105 no Índice de Percepção da Corrupção, no universo de 180 países na pesquisa elabora pela Organização Transparência Internacional é o sinal mais forte para indicar que algo deve ser feito para alterar

essa vexatória situação que afeta a todos os brasileiros, direta ou indiretamente (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2018).

E a iniciativa do combate à corrupção deve partir, também, do setor público promovendo um verdadeiro rompimento com *status quo* vigente, que se mostra inábil para enfrentar esse mal, bem como deve-se adotar uma posição de fomento à adoção de medidas anticorrupção seja na estrutura da Administração seja através do incentivo à formação de um sistema de corregulação, permitindo que as entidades privadas instituam normas internas autoregulamentadoras.

Para tanto, é indispensável uma atuação mais efetiva do poder público, inclusive, implementando políticas públicas voltadas, direta ou indiretamente, ao combate à corrupção, como ocorre por exemplo com o fomento ao setor empresarial à adoção de programas de *compliance* visando concitar a esse setor uma nova cultura ética interna *corporis* que refletirá, certamente, também no setor público.

Do fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais advém a possibilidade da sociedade exigir do Estado a implementação de políticas públicas voltadas ao bem estar de todo o grupo. Assim, é responsabilidade do poder público promover ou fomentar o combate à corrupção, através de um conjunto de ações que visem desestimular a prática de condutas ímprobas seja diretamente, estabelecendo mecanismos de fiscalização da própria Administração Pública, seja indiretamente, incentivando que aqueles que mantenham relações com ela não entrem na arena da corrupção buscando, dessa forma, implementar um ciclo virtuoso entre contratante e contratado para o fim maior da probidade administrativa-empresarial.

À luz do que ficou assentado neste trabalho impende destacar os exemplos inovadores no Brasil vindos de Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal que, adotaram no seu âmbito de competência a exigência de que os licitantes que pretendam celebrar contrato com as respectivas Administrações Públicas, a partir de determinado valor e período de contrato, comprovem que tenham um efetivo programa de *compliance* em funcionamento.

À guisa do entendimento esposado, conclui-se que exigência de requisitos para a contratação pública fixada por Ente Federativo diverso da União não pode ser considerado como invasão à competência privativa Ente federal de fixar normas gerais em matéria de licitação e contratação pública. Dessa forma, há de se mencionar que as leis do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, aqui tratadas não usurparam a competência privativa da União em legislar sobre normas gerais de licitação e, portanto, são normas constitucionais sob o prisma formal.

Ademais, também não se pode de pronto arguir uma inconstitucionalidade material, haja vista que a exigência do programa de *compliance* não ofende ao princípio da isonomia ou competitividade, pois nos casos das leis estadual e distrital analisadas a obrigação imposta às empresas é contratual e não requisito de habilitação ou classificação no seio de um procedimento licitatório. Acrescente-se que, a obrigatoriedade em questão imposta nestes atos normativos, somente deve ser exigida para contratos cujos valores coincidam com àqueles definidos na lei 8666/1993 para a definição das modalidades concorrência ou tomada de preço. Logo, é salutar que empresas que tenham capacidade econômica financeira para assumir contrato desse vulto, tenham regulamentado internamente mecanismos de controle, uma vez que quanto maior a estrutura organizacional aumenta a probabilidade de violações às normas.

Nesta toada, constata-se, por fim, que os entes políticos podem fornecer grande contribuição para a consolidação de uma nova cultura de corregulação, utilizando o seu poder de imperatividade, em face dos administrados para implementar políticas públicas voltadas à preservação da ética no setor público, através do fomento à iniciativa privada a: implementar programas de integridade que prevejam um código de ética para todos funcionários da organização; estabelecer mecanismos internos de controle que reduzam os riscos inerentes aos contratos administrativos; promover constante treinamento sobre o programa; comprometer a alta direção da pessoa jurídica ao cumprimento do programa de integridade, entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado, v. 1, n.3, p. 17-54, jul./set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 927-MC**. Disponível em http:// www.stf.jus.br. Acesso em 12 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3059 MC.** Disponível em http:// www.stf.jus.br. Acesso em 12 fev. 2019.

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

COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. A avaliação dos programas de *compliance* nas contratações públicas. Um enfoque sobre a Lei Distrital nº 6.112/2018. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5408, 22 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65528>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DURÃO, Pedro. **Licitacion Publica**. Curitiba: Juruá, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: dialética, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy. ***Criminal Compliance***. Lima: Palestra, 2014.

MANZI, Vanessa Alessi. ***Compliance* no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas**. 2015d. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas- privadas.pdf. Acesso em 21 de março de 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance*****, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo; Saraiva, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Compliance*****: uma reflexão sobre os sistemas de controle nos setores privado e público**. Cadernos FGV Projetos, ano 11, nº 28, nov. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2018**. Berlin, Germany. 2018. Disponível em: <http://www.transparency.org/research/cpi/cpi_2018/0/>. Acesso em: 26 mar. 2019.