

Public compliance nas licitações e contratos administrativos

Public compliance in bids and administrative contracts

Rodrigo de Castro Villar Mello¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho aborda o tema *compliance* como mecanismo de prevenção de desvios funcionais, fraudes e corrupção na Administração Pública, especialmente no âmbito das licitações e contratos administrativos. Nessa esteira, demonstrar-se-á que essa prática é produto de um processo evolutivo recente que migra do setor privado para o público com o desiderato de promover a integridade no ambiente público, conferir maior dimensionamento à eficiência, que predica a atividade administrativa, e estabelecer um modelo bem delineado de responsabilidade e comportamentos responsivos. Inaugura-se um novo quadro estrutural de boas práticas de governança pública que passa a exigir o comprometimento de todos órgãos públicos, instituições de caráter público e empresas estatais, sobremaneira da alta administração.

Palavras-chave: *Compliance* Público. Integridade. Alta administração. Licitações e contratos administrativos.

Abstract: The present work addresses the theme compliance as a mechanism for the prevention of functional deviations, frauds, and corruption in the Public Administration, especially in the scope of bids and administrative contracts. In this regard, it will be demonstrated that this practice is the product of a recent evolutionary process that migrates from the private to the public sector with the desideratum of promoting integrity in the public environment, giving a greater dimension to efficiency, which predates the administrative activity, and establishing a well delineated model of responsibility and responsive behavior. It inaugurates a new structural

¹ Professor nas matérias de *Compliance (Criminal Compliance)*, Direito Penal (Econômico) e Direito Processual Penal. Pesquisador e colaborador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* (CPJM-UERJ). Coordenador e integrante do corpo docente do CEPED-UERJ. Especialista em Ciências Criminais, em Direito Processual Civil e em Direito para a Carreira da Magistratura pela EMERJ. Mestre em Direito Penal Econômico e Doutorando em Direito Penal pela UERJ.

framework of good practices of public governance that starts to require the commitment of all public agencies, institutions of public character and state-owned companies, especially the senior management.

Keywords: Public Compliance. Integrity. Senior Management. Public Bids and Contracts.

1. Introdução

O tema governabilidade tem como imperativo a viabilização das “condições políticas” do projeto de Estado, a exemplo das condições substantivas inerentes a definição de regras, estruturas e processos institucionais; formulação de planejamento estratégico, inclusive para a atuação na ordem econômica e para alinhamento entre leis orçamentárias, disponibilidade e alocação de recursos públicos; concretização de políticas públicas e tomadas de decisões políticas; e formação de ajustes cooperativos e de padrões de articulações, inclusive entre Poderes, instituições, órgãos e agentes.

Trata-se de uma capacidade política do Estado de governar que deve estar pautada em princípios democráticos para realização das tarefas sociais e consecução do interesse público. Essa capacidade política instrumentaliza-se por meio da governança, é dizer, mediante um sistema abrangente de estratégias de gerenciamento dos bens e interesses públicos, planejamento, supervisão, controle, monitoramento e direcionamento da atividade política e da função administrativa no novo formato da administração pública gerencial também chamado de nova gestão pública (*new public management*).

Exsurge um novo modelo pautado na necessidade de atuação preventiva e na responsividade, “um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, transparente e dialógica nas suas ações, mas também proba e imparcial nas suas relações.”¹ Trata-se de uma alteração estrutural e funcional que passa a exigir, inclusive o compromisso e apoio da alta administração do órgão ou entidade, o denominado *tone from the top* do setor privado – ou o “exemplo vem de cima” –, e a incorporação de novos instrumentos para disseminação e concretização de uma cultura de *compliance*.

¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O estado democrático como princípio estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática*. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, p. 164, jul./dez. 2016.

De efeito, o rompimento com o paradigma gerencial administrativo burocrático anterior pressupõe adoção de comportamentos dos agentes públicos que estão no topo hierárquico para que os integrantes das estruturas inferiores não tenham dúvida acerca dos padrões elevados de conduta ética e gestão e, assim, contribuam para a disseminação e concretização da cultura organizacional de integridade.

A governança corporativa e seus instrumentos, na perspectiva dimensional revelada pelo termo *corporate governance* (governança corporativa) consagrado no final da década de 1970, migram para o setor público, como um *benchmarking* sob novas cores e matizes, para conferir sentido ao dever de cumprir as tarefas de interesse público com maior responsabilidade, proatividade, transparência e equidade, sem descurar-se o gestor público do dever de prestação de contas (*accountability*) dos resultados obtidos quando da gestão dos bens e valores confiados a sua responsabilidade.²

Conecta-se, desta feita, o tema governança no setor público e *compliance*, que é o objeto deste trabalho. A análise perpassará, portanto, pela compreensão do *compliance* e sua importância para o setor público, inclusive para o procedimento de licitação, bem como para sua função instrumental ao combate de desvios funcionais dos agentes públicos que atuam para satisfação de interesses ilegítimos no ambiente de licitações e contratos administrativos.

2. *Public Compliance* e o comprometimento da alta administração

A pauta do empenho global de promoção da ética e combate à corrupção e às fraudes, no âmbito de órgãos, instituições e empresas estatais evidencia a importância do dever de “estar em *compliance*”, ou seja, estar em conformidade com as normas internas e externas e com as boas práticas de governança,³ que viabilizam a adequada gestão de riscos (*governance, risk and compliance* - GRC).

² O Professor Artur de Brito Gueiros Souza destaca que os programas de *compliance* ou integridade foram teorizados e incorporados, num primeiro momento, na iniciativa privada. Mais tarde foram transpostos para a seara da Administração Pública de diversos países, com as devidas matizações, em uma ambiência em que a política criminal de alcance internacional se preocupava com eficiência a fim de enfrentar o fenômeno da corrupção ativa e passiva (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *O compliance no Ministério Público. Compliance program in The Public Prosecution Service. Revista Científica do CPJM*, 1(04), 18–43. Disponível em: <<https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/92>>.

³ Acerca da origem, definição e terminologia do termo *compliance*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial. Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021, passim. No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance programs: una visión panorámica*. In RCPJM, Vol. 01, N. 03, 2022, p. 3. Disponível em <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/58/75>.

Nesse cenário, edificaram-se novos instrumentos para a proteção da probidade e da moralidade administrativa e otimização da gestão da coisa pública, inclusive integrando a sociedade – os cidadãos e as organizações da sociedade civil são *stakeholders* – no processo cooperativo democratizante de combate a fenômenos corruptivos e de incentivo global de práticas relacionadas à transparência dos governos.⁴ Ganha dimensão o tema *compliance* cooperativo, uma técnica moderna de *enforcement* para implementação de programas de integridade por agências e órgãos administrativos.⁵

Adán Nieto Martín destaca que é possível identificar o *compliance*, como ferramenta para a prevenção de fraudes na contratação, como uma iniciativa evidente desde o surgimento da *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* (DII), uma organização sem fins lucrativas formada por associados, principalmente da indústria aeroespacial e de defesa, que realizam contratos com o governo dos Estados Unidos. Segundo o autor, a DII é uma iniciativa decorrente das fraudes da indústria de armas em seus contratos com o Departamento de Defesa

⁴ A participação cívica nos assuntos públicos é um dos pilares sobre o qual se edificou a Parceria para o Governo Aberto (*Open Government Partnership* – OGP), uma “iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social. A OGP foi lançada em 20 de setembro de 2011 e o Brasil é um dos oito países fundadores da Parceria, sendo reconhecido como protagonista no cenário internacional no que diz respeito ao tema.” O Decreto nº 10.160, de 9 de dezembro de 2019, instituiu a *Política de Governo Aberto*. (Brasil. Ministério da Controladoria Geral da União. Parceria para Governo Aberto. Disponível em <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-politicas-digitais/politicas-e-planos-de-acao-para-governo-aberto#:~:text=A%20Parceria%20para%20Governo%20Aberto,melhoria%20da%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os>>. Acesso em 28 maio 2022). Deve-se destacar a criação de programas de denúncia para que denunciantes – *whistleblowers* ou “soprador do apito” – auxiliem em investigações policiais, prestando informações, com direito à preservação de sua identidade, a qual apenas pode ser revelada se houver comunicação prévia ao informante, sua concordância formal e se trate de caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. Assegura-se, ainda, ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas, bem como possibilidade de ser recompensado em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (artigos 4º-B e 4º-C, da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018).

⁵ Cf. “En vez de fundamentar la inspección en una estrategia policial, tendente a descubrir irregularidades y sancionar, el cumplimiento cooperativo trata de establecer un clima de confianza entre los supervisores y los sujetos obligados con el fin de que se comuniquen con lealtad los problemas que pueden tener para cumplir con una determinada regulación o las dudas que le surgen al interpretarla. Los programas de cumplimiento normativo dentro de esta nueva estrategia constituyen una herramienta para crear ese clima de confianza, de buena relación, entre la agencia administrativa y las empresas que supervisan.” (NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3)

nos anos finais da guerra fria. Nesse momento, o Ministério da Defesa passou a exigir que as empresas participantes de licitações públicas tivessem programas de *compliance*.⁶

Mais tarde, estratégias semelhantes foram adotadas em outros segmentos, como no setor de saúde e no sistema de *debarment* ou listas negras do Banco Mundial, com o intuito de proibir temporária – até a implementação de um programa de *compliance* e melhora da cultura de controle – ou definitivamente a recontração no caso de empresas que realizam algum tipo de fraude em contratos financiados com os fundos do banco. Cite-se ainda os regulamentos europeus de contratação pública, nos quais os programas de compliance também desempenham um papel importante para viabilizar que as empresas cujos diretores tenham sido sancionados por atos de corrupção voltem a participar de licitações públicas.⁷

Artur Gueiros aponta que diversas foram as razões que favoreceram a incorporação dos modelos de *compliance* no setor público: (1) a elaboração ou, ao menos, a modernização de códigos de ética ou de boas práticas para guiar comportamento dos agentes no âmbito das organizações; (2) o mapeamento ou cartografia dos riscos decorrentes, direta ou indiretamente, das atividades organizacionais; (3) o comprometimento da alta administração em ser a primeira a cumprir com as regras estabelecidas pelo programa; (4) o estabelecimento ou aprimoramento dos canais de denúncia para recebimento de informações sobre irregularidades; (5) a criação de um sistema de proteção para o informante; e (6) a investidura de uma pessoa ou órgão com atribuição de fiscalizar o atendimento das normas de conformidade por parte dos servidores ou por terceiros com os quais se estabeleçam negócios, dentre outras estratégias gerenciais dos riscos de integridade.⁸

De efeito, as funções de prevenção, coordenação, orientação e apoio à integridade pública⁹ são concebidas para assegurar que a gestão pública não sofra interferências de

⁶ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3.

⁷ Ibidem.

⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (2022). *O compliance no Ministério Público / Compliance program in The Public Prosecution Service*. Revista Científica do CPJM, 1(04), 18–43. Recuperado de <https://rcpjm.cpjim.uerj.br/revista/article/view/92>, p. 19-20.

⁹ A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define integridade pública como o alinhamento e a adesão a normas, valores, princípios éticos compartilhados para defender e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público. De acordo com a OCDE, a corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo e está sendo relatada como a preocupação número um dos cidadãos, causando mais preocupação do que a globalização ou a migração. (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública*. Disponível em: <www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/conflito-de-interesses>. Acesso em: 26 maio 2022.

interesses privados, coibindo desvios funcionais, sobremaneira em diversos ambientes de maior risco de integridade, como em matéria de corrupção, lavagem de capitais, concorrência, ambiental e de mercado de valores mobiliários. Busca-se defender e priorizar o interesse público, integrando correição à integridade ética e legal; o dever dos agentes públicos para com a transparência, equidade, prevenção, detecção, correção e participação no processo de apuração de irregularidades com às normatividades jurídicas.

No plano interno, essa realidade é consolidada por intermédio de uma série de normatividades e diretivas promocionais em prol da integridade, transparência, prestação de contas, participação social, ações correccionais e punitivas,¹⁰ bem como pela criação de diversos mecanismos e órgãos de integridade, a exemplo da Controladoria-Geral da União, Comissão de Ética Pública (CEP), Tribunal de Contas da União, Conselho de Atividades Financeiras (COAF). São medidas que primam pelo comportamento ético e legal na gestão da coisa pública e no desempenho da atividade administrativa a fim de combater esse fenômeno corrosivo, que é a corrupção.¹¹

Num prisma referencial recente, cite-se o Decreto Presidencial nº 10.756, de 27 de julho de 2021, que instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (SIPEF), no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, definiu programa de integridade no seu artigo 2º, inciso I, incumbido de criar uma unidade de gestão da integridade (UGI), para prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades e de outros desvios éticos e de conduta.

¹⁰ A preocupação com a política de *compliance* remonta ao início do século passado como instrumento de regulação, fiscalização de atividades e promoção de integridade em ambientes propícios à regulação. No Brasil, a política de *compliance* irradia efeitos com a Resolução n. 2.554 do Banco Central do Brasil (BACEN) de 1998, que estabeleceu a necessidade de implantação de sistemas de controle interno no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, em observância ao primados do Acordo de Basiléia firmado em 1988 para fixar maior controle sobre o sistema financeiro.

¹¹ Nesse sentido, Artur Gueiros pondera que, em janeiro de 2022, foi publicada a Resolução nº 757/2021, instituindo o Programa de Integridade no Supremo Tribunal Federal (STF), que objetiva implementar um conjunto de medidas e ações institucionais sistematizadas voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de irregularidades administrativas, condutas ilícitas e desvios éticos, permitindo que vários instrumentos de gestão e controle passassem a ser vistos em conjunto, com abordagem e utilização sistêmicas, com destaque para o alinhamento da Corte Suprema para com as recomendações internacionais acerca das estratégias de *compliance* no setor público. Destaca ainda o ilustre professor que, “ao lado do mencionado Programa de Integridade do CNMP, outras unidades e ramos do Parquet brasileiro têm instituído semelhante normativa, como, v.g., o Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO)⁵⁴ e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP-SC),⁵⁵ além de outros.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros, 2022, op. cit., p. 36)

O órgão central do SIPEF é a Controladoria-Geral da União (CGU), responsável pelas providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal, inclusive por meio de interlocução entre órgãos, promoção de capacitações e certificações e veiculação de informativos e normativos sobre integridade pública.

Em janeiro de 2019, a CGU publicou a Portaria nº 57, de 04 de janeiro de 2019, alterando a Portaria nº 1.089/2018, para regulamentar o Decreto nº 9.203/2017 e estabelecer procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade em órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com destaque para o comprometimento da alta administração refletido em elevados padrões de gestão, ética e conduta, bem como em estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade no órgão ou entidade.

O Painel de Integridade Pública da CGU, atualizado em março de 2022, incumbido do panorama de cumprimento das etapas de implementação do Programa de Integridade, informações qualitativas sobre o processo de implementação do Programa e sobre a posição da UGI na governança do órgão/entidade, aponta que dos 187 órgãos federais 186 já indicaram sua UGI (99%); 152 definiram o fluxo interno para verificação de situações de nepotismo (81%); 174 instituíram unidade de comissão de ética (93%); 161 definiram fluxo interno para análise de consulta sobre conflitos de interesses (86%); 165 definiram de fluxo interno para tratamento de denúncias (88%); 171 designaram área responsável pela condução de processos disciplinares (91%); 161 realizam levantamento de riscos para a integridade, com definição de área responsável pela gestão de riscos (89%); e 186 aprovaram plano de integridade (99%).

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 46.745, de 22.08.2019, implementou o Programa de Integridade Pública no âmbito dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional para promover a ética, a moralidade, a integridade e a eficiência. O referido Decreto foi regulamentado pela Resolução CGE-RJ nº 124, de 04 de fevereiro de 2022, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado Rio de Janeiro adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade.

Desta feita, a Administração Pública passa atuar preventivamente no desempenho de suas atividades, com compromisso irrefutável com diversas normas e diretrizes estabelecidas para cada setor específico, bem como com a prevenção e repressão de infrações, preservando valores de honestidade, transparência, equidade e integridade. Associa-se governança pública à eficiência – ou melhor ao princípio da boa administração –, a responsabilidade e a ética à atividade política e à função administrativa como axiomas indissociáveis do catálogo de compromissos do setor público.¹²

Pode-se afirmar que o *compliance*, a boa governança e a responsabilidade no ambiente público e privado corporativo são produtos desse processo evolutivo que impôs uma necessária simbiose entre boas práticas de governança, propensões e finalidades dos agentes que integram organizações privadas e públicas, inclusive daqueles que ocupam a alta administração e exercem funções de liderança. O comprometimento da alta administração com a política de integridade e funcionamento adequado do programa reforça o estado de conformidade e contribui para sua difusão.

Nessa perspectiva, o *compliance* pode ser delineado sob a órbita de instrumentos de *soft law* e *hard law*.¹³ Precipuamente, cite-se a atuação de organizações internacionais como a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção para compreensão e disseminação dos programas de integridade. Adán Nieto elucida que, nos últimos anos, muitos países têm proliferado agências anticorrupção, cujas características essenciais se encontram no art. 5 e 6 da Convenção das Nações Unidas contra a

¹² Segundo a *International Federation of Accountants* (IFAC) e o *Chartered Institute of Public Finance and Accountancy* (CIPFA), a função da governança é garantir que uma organização ou parceiro cumpra seu propósito geral, alcance os resultados pretendidos para os cidadãos e usuários de serviços e opere de maneira eficaz, eficiente e ética. (International Federation of Accountants (IFAC; Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA). *International framework: Good governance in the public sector*. July 2014. Disponível em: <https://www.ifac.org/system/files/publications/files/International-Framework-Good-Governance-in-the-Public-Sector-IFAC-CIPFA.pdf>. Acesso em: 26 maio 2022.

¹³ Segundo Machado, ao contrário da expressão *hard law*, “soft law refere-se aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos.” (MACHADO, Máira Rocha. *A internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 45)

corrupção. Sua função básica consiste em ajudar, promover e controlar que as administrações públicas implementem corretamente as medidas de prevenção à corrupção.¹⁴

A recomendação sobre integridade pública da Organização para a OCDE que, ao definir integridade pública como o consistente alinhamento e a adesão à valores éticos, princípios e normas compartilhados para defender e priorizar o interesse público sobre interesses privados no setor público, estabelece que uma estrutura coerente e sistema abrangente de integridade pública é alcançada com a demonstração de compromisso nos mais altos níveis políticos e gerenciais no setor público para melhorar a integridade pública e reduzir a corrupção; esclarecimento de responsabilidades institucionais em todo o setor público para fortalecer a eficácia da integridade pública; e estabelecimento de padrões de conduta para funcionários públicos; além de outras medidas.¹⁵

Por sua vez, desenvolvem-se padronização relacionadas a aspectos gerais dos programas de integridade e a aspectos específicos como a prevenção de práticas corruptas. Na esteira do ensinamento de Adán Nieto, essas regras de padronização melhoram a autorregulação interna, pois medem a eficácia do sistema de gestão. Essas regras não determinam o conteúdo dos controles que as empresas devem ter e conferem prêmios ao estabelecimento de habilidades dos membros da organização, objetivos a serem alcançados, tarefas a serem executadas, fluxos de informações, etc. Ademais, a obtenção de um certificado aumenta as oportunidades de negócios da empresa e, em determinados setores, podem ser um fator importante para que a empresa seja escolhida como fornecedora.¹⁶

O Sistema de Gestão Antissuborno descrito na ISO 37001:2016 desenvolvida pela *International Organization for Standardization* aponta que a Alta Direção deve ter total responsabilidade pela implementação e conformidade com o sistema antissuborno e deve demonstrar liderança e comprometimento com relação ao sistema. A obtenção da certificação ISO 37001:2016 esclarece que o comprometimento dos órgãos da administração com a gestão ética e responsável é necessário para combater a oferta, promessa, doação, aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida de qualquer valor (financeiro ou não financeiro), direta ou indiretamente, e independente de localização, em violação às leis aplicáveis, como um

¹⁴ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 19.

¹⁵ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf>>. Acesso em 28 maio de 2022.

¹⁶ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 10.

incentivo ou recompensa para uma pessoa que está agindo ou deixando de agir em relação ao desempenho das suas obrigações.

O referido *standard* internacional é aplicável apenas ao suborno, mas o sistema de gestão pode incluir outras práticas corruptas, tais como fraude, cartéis, antitruste/anticorrencial, lavagem de dinheiro. Mais recentemente, a entidade suíça *International Organization for Standardization (ISO)* publicou a ISO 37301:2021, que é uma norma mais abrangente substituta da ISO 19600:2014 (Sistema de Gestão de *Compliance*, com diretrizes também reativas à corrupção, cuja origem remonta ao *Australian Standard 3806*) e que permite certificações para diferentes setores.

De acordo com a ISO 37301:2021, *compliance* significa “atender todas as obrigações de *compliance* da organização” (item 3.26) e as obrigações de *compliance* são os “requisitos que uma organização mandatoriamente tem que cumprir, como também os que uma organização voluntariamente escolhe cumprir” (item 3.25). Os padrões internacionais residem em pontos comuns, principalmente no comprometimento da alta administração e na criação de controles e procedimentos de monitoramento de riscos.

2.1 A responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade na nova Lei de Licitações

A licitação é um processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei para legitimar a celebração de contrato administrativo que assegure o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evite contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentive a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Trata-se de um processo que, de acordo com o artigo 2º, *caput*, e parágrafo único, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, alcança i) alienação e concessão de direito real de uso de bens; ii) compra, inclusive por encomenda; iii) locação; iv) concessão e permissão de uso de bens públicos; v) prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; vi) obras e serviços de arquitetura e engenharia; e vii) contratação de serviços de tecnologia da informação e de comunicação.

Por outro lado, a nova Lei de Licitações não incidirá (artigo 3.º) nos contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e de concessão de garantia relacionadas a esses contratos;

e nas contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria. Ademais, a nova Lei de Licitações não incide sobre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, , ressalvado o disposto no seu artigo 178 da Lei de Licitações, que trata dos crimes em licitações e contratos administrativos (artigo 1º, § 1.º, da nova Lei de Licitações).

Vale destacar que a nova Lei de Licitações, a exemplo da legislação pretérita (Lei 8.666/1993), evidencia um caráter híbrido, é dizer, é uma lei nacional quanto às normas gerais e uma lei federal no tocante às normas específicas. Apesar dessa natureza, o diploma legal traz importantes disposições sobre o papel da alta administração, nos artigos 11, parágrafo único, e 169, §§1º e 3º, bem como sobre as diligências iminentes ao *compliance* nas licitações e contratações públicas, como o disposto nos artigos 18, I e X, § 1º, I e X; 25, *caput* e §4º; 48, parágrafo único; 60, inciso IV; 117; 156, inciso V; e 163, parágrafo único.

O referido artigo 11, parágrafo único da nova Lei de Licitações determina que a alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos para o processo licitatório, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A alta administração do órgão ou entidade tem ainda responsabilidade de levar a efeito práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo sobre as contratações públicas, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (artigo 169, da nova Lei de Licitações).

Como se pode observar, o novo marco legal do processo administrativo de licitação trouxe uma relevante novidade que não existia expressamente na legislação pretérita. Elencou como pilares do programa de integridade pública o comprometimento da alta administração, a elegeu como área responsável pela gestão do programa, exigiu a implementação de processos

e estruturas, a elaboração de código de ética e conduta, a instituição de canal de comunicação, sistemas de controles internos, inclusive de monitoramento e avaliação de riscos licitatórios.

O novel quadro normativo torna, ainda, factível o processo de *due diligence* para orientar o processo licitatório, permitindo a coleta de informações sobre o participante e os possíveis riscos associados às suas operações econômicas, de sorte a identificar, prevenir ou mitigar possíveis efeitos adversos capazes de comprometer o interesse público. Assegura-se, assim, os desideratos e o próprio objeto do processo licitatório, conferindo transparência e segurança ao ambiente público e econômico, além, ainda, de fortalecer a governança corporativa (*corporate governance*) perante os parceiros participantes ou contratantes.

Vale destacar que a nova realidade de instituição de procedimentos de controles internos espelha o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei n. 13.303/2016, que trata da gestão da integridade nas empresas estatais, estabelecendo a obrigação de criação de código de conduta e integridade para assegurar, principalmente, a higidez corporativa, as práticas de *disclosure* sobre gerenciamento de riscos e a prestação de contas (*accountability*).

A importância da temática sedimenta a própria criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (artigo 174 da nova Lei das Licitações), que permitirá o controle exercido pelos entes públicos e também pela própria sociedade, inclusive viabilizando o acesso às informações referentes à execução do contrato. Isso vai possibilitar a comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes. De efeito, o princípio da transparência, catalogado no artigo 5º da referida Lei, densifica-se para estabelecer formas plurais de prestação de contas transcendentais às esferas dos envolvidos no processo licitatório.

No cenário atual de conformidade global e transfronteiriça (*cross-border compliance*), que há muito despertou para o combate às fraudes, à corrupção, à lavagem de dinheiro e à evasão fiscal, inclusive com a formatação de arranjos globais que se dedicam a tais desideratos, em especial no ambiente de promoção do *compliance* público, a nova Lei falhou ao não exigir a apresentação prévia de programa de integridade para a contratação com o parceiro público.

Como visto acima, o *compliance* será exigido do licitante vencedor somente no prazo de seis meses após a celebração do contrato, nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, não obstante a prévia existência do programa seja critério de desempate entre duas ou mais propostas (artigo 25, § 4º, da nova Lei de Licitações). Isso deixa um flanco aberto a diversos riscos – financeiros, operacionais, de imagem etc. –, o que é algo intolerável,

principalmente para a probidade e a moralidade administrativa, representando, ainda, uma possível fragilização da própria gestão da coisa pública.

A implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade contribui para a avaliação de riscos do terceiro contratante e, assim, assegura a integridade do patrimônio público e mantém o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade. A exigência incentiva a implementação de uma política de *compliance* na cadeia de negócios, além de viabilizar a detecção dos riscos de terceiros capazes de afetar a integridade das empresas comprometidas com seus programas.

Essa cautela remonta a própria essência do *compliance* como resposta à atividade autorregulatória de órgãos estatais. Adán Nieto destaca que, desde a primeira fase de concepção das funções de *compliance* ligada ao surgimento das agências administrativas nos Estados Unidos, admitia-se que fosse negada a habilitação para atuar em determinados setores se não houvesse controles adequados estabelecidos, bem como viabilizava-se a imposição de sanções administrativas ou civis.¹⁷

Trata-se de conjugação de esforços públicos e privados periódica balizado em diversos critérios de avaliação muito além do só comprometimento da administração. A idoneidade e a capacidade operacional-financeira do parceiro contratante são padrões de integridade societária que devem ser exigidos pela Administração previamente ao processo licitatório, principalmente, para intensificar elementos dissuasivos de subornos e de outras formas de corrupção nos setores público e privado.

A novel legislação representa, sim, um avanço ao exigir a implementação do programa de integridade, o que evidencia novos instrumentos para a consecução do processo licitatório e em defesa do patrimônio público. Incrementa-se, desta feita, o eixo central axiológico de promoção à moralidade e à legalidade para consecução de objetivos da República catalogados no artigo 3º, da Constituição da República, que integram o sistema anticorrupção composto por diversas leis que concebem um tratamento específico para condutas que envolvam agentes públicos e/ou patrimônio ou interesse público.

Dispensar o pleno funcionamento do programa de integridade antes da contratação com a Administração é um ponto que merece ser revisitado, em função do possível

¹⁷ NIETO MARTÍN, op. cit. p. 3.

comprometimento do próprio processo administrativo de contratação, tornando-o inexecutável e desvirtuando os fins da própria licitação, que é a escolha da melhor proposta, é dizer, a mais vantajosa para o poder público. Isso somente será, de fato, verificado a partir do monitoramento e gerenciamento prévio dos riscos inerentes à decisão de contratação com parceiros, sob pena de comprometer a própria integridade pública.

É certo que muitas empresas e empresários adotam a cautela da implementação de um programa de integridade em momento antecedente à sua participação no processo licitatório. No entanto, como a exigibilidade legal da sua institucionalização somente se dará, no caso de contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, no semestre subsequente à celebração do contrato com o ente público, há uma clara fragilização das estratégias que norteiam a chamada “era *compliance*”, deixando um flanco aberto a uma série de riscos e, naturalmente, à eventuais questionamentos na esfera judicial.

3. *Criminal Compliance* no âmbito da Administração Pública

A Administração Pública é o principal artífice no processo de evitação de comportamentos desvirtuados, inclusive daqueles que atentam contra a higidez e lisura do processo licitatório. Nesse cenário, o *compliance* torna-se um instrumento imprescindível para proteger bens jurídicos e evitar ou mitigar os riscos para a coisa pública, exigindo-se conformidade normativa e observância às parametrizações internas e aos instrumentos de *soft law*, além de funcionar como mecanismo para detectar, apurar e sancionar irregularidades e ilícitos, subsidiando a decisão sobre contratações e operações financeiras com terceiro.

Enquanto o *compliance* refere-se à conformidade às leis e regulamentos, por meio de diversos mecanismos aptos a corrigir imediatamente todos comportamentos desviados, identificando-se e punindo seus responsáveis, o *criminal compliance* denota preocupações com a elisão de infrações penais e conecta-se com o modelo de enfrentamento de uma criminalidade de poder que não é adequadamente combatido pelos mecanismos penais clássicos e pelas tradicionais técnicas de investigações policiais.¹⁸

¹⁸ Destaca NIETO MARTÍN que a maioria dos programas de *compliance* tem por objetivo gerar uma cultura ética ou legal dentro da organização e isso é a base para prevenir comportamentos desviantes. Embora exista uma conhecida dicotomia que faz a distinção entre programas de *compliance* orientados à ética e orientados ao controle, e fica claro que ambos os elementos – cultura da legalidade + procedimentos e controles – são imprescindíveis. O modelo COSO de controle interno, que é hoje o paradigma dominante, estabelece nesse sentido que o ambiente ético é na verdade mais um controle interno, necessário para que os demais controles sejam plenamente eficientes (NIETO MARTÍN, op. cit., p. 6-7).

Portanto, o *criminal compliance* surge como mecanismo de combate às infrações plurais passíveis de ocorrência no âmbito dos processos licitatórios, conferindo subsídios para uma Política Criminal cuja atuação transcenda a mera intervenção *ex post facto*, e funcione também como mecanismo contributivo para determinação e atribuição da responsabilidade penal em quadros estruturais plurais, sobremaneira quando identifique-se uma “irresponsabilidade organizada”,¹⁹ um “deslocamento do risco”²⁰ ou até mesmo um desconhecimento do alto escalão do que acontece nas camadas inferiores da estrutura de empresas ou do próprio Estado,²¹ o que dificulta a verificação de responsabilidade penal dos ocupantes dos altos cargos da administração.

Adán Nieto esclarece que o epicentro da responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, na maioria dos países, passou a residir na não implantação ou implementação incorreta de programas de *compliance* a partir da primeira década do século XXI. No campo do Direito Penal, cada vez mais países consideram o programa de *compliance* e sua eficácia como o cerne da responsabilidade penal das pessoas e até mesmo como fator de determinação da pena.²²

¹⁹ Carlos Martínez-Buján Pérez adverte que surge uma nova e complexa questão nos casos em que o sujeito que imediatamente executa a ação típica não é aquele que detém a qualidade especial de autoria. A questão se complica ainda mais se for aceito que dentro dos crimes especiais as regras de imputação apresentarão outras peculiaridades nos casos em que a qualidade especial da autoria é conferida pela atribuição de um dever institucional extrapenal. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 501-502)

²⁰ A propósito, Adán Nieto Martín esclarece que quem tem o poder é capaz de transmitir seus problemas e riscos para os outros. Este fenômeno é denominado de deslocamento do risco. A pressão exercida sobre a alta direção se transfere com rapidez para os escalões mais fracos (NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción. Derecho Penal Económico y de la empresa*. Mata Barranco, Norberto J. *et al.* Madrid: Dykinson, 2018, p. 43-44).

²¹ A falta de vigilância ou de diligência pode encetar responsabilidade dos agentes, inclusive em âmbito penal, como faz o Código Penal Espanhol, que prevê a possibilidade de afastamento de responsabilidade se existir um modelo de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos ou para reduzir significativamente o risco de sua prática. A Espanha instituiu um recente Sistema de Gestão de Compliance Penal (Norma UNE 19601) para impulsionar a cultura de integridade, prevenir a prática de infrações penais e evitar responsabilidade penal de organizações. Estruturada em 10 grandes seções, estabelece, entre outros requisitos, as responsabilidades dos órgãos sociais, da alta direção e da função de *compliance*. Integra-se, assim, aos outros sistemas de gestão acima mencionados, como a ISO 19600 e ISO 37001.

²² NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 7. Para o autor, o programa de *compliance* só evita a responsabilidade da empresa na medida em que tenha servido para evitar ou dificultar consideravelmente a prática do crime de conexão especificamente cometido. Assim, seria indiferente para a escusa da pessoa jurídica, se o canal de alerta da empresa

Há também uma aproximação entre o desenvolvimento de programas de *compliance* do campo da ciência sobre o qual a criminologia foi construída. Essa nova orientação também integra ferramentas como estatísticas ou inteligência artificial, para criar ferramentas preditivas, que conectam programas de *compliance* com o que hoje se chama de política criminal atuarial ou gerencialismo.²³

A correta identificação dos riscos requer, em um primeiro momento, o comprometimento da alta administração e a instituição de processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. Entretanto, os objetivos do processo licitatório, num ambiente íntegro e confiável, dependem também do protagonismo dos demais agentes que intervêm no processo e da atuação dos cidadãos.

Oportuno consignar que, nos casos de delegação da prestação do serviço público, feita pelo Estado por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), mediante licitação, subsiste responsabilidade do delegante pela fiscalização e correto funcionamento do serviço, numa ambiência responsável pela conformidade. De efeito, o programa de integridade em funcionamento é a admissão prévia de um mecanismo de fiscalização da atividade delegada e do correto funcionamento do serviço.²⁴

A nova Lei de Licitações, no seu artigo 169, dispôs que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou

funciona corretamente, o envolvimento de seus gestores na implantação do programa, as horas de treinamento ministradas, etc.

²³ Ibidem, p. 7 e 15.

²⁴ Nesse sentido, NIETO MARTÍN esclarece que a teoria da delegação de poderes, cujo conteúdo é comum a muitos países, estabelece que quando uma função é delegada (no nosso caso, a implementação de um controle), surge uma nova obrigação no delegante, a fiscalização do seu correto funcionamento (NIETO MARTÍN, op. cit., p. 8-9).

entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

E para proteção dos objetivos do processo licitatório, o legislador inseriu no Título XI da Parte Especial do Código Penal, o Capítulo II-B, incriminando as seguintes condutas: a exemplo da contratação direta ilegal (artigo 337-E), frustração do caráter competitivo de licitação (artigo 337-F), patrocínio de contratação indevida (artigo 337-G), modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (artigo 337-H), perturbação de processo licitatório (artigo 337-I), violação de sigilo em licitação (artigo 337-J), afastamento de licitante (artigo 337-K) e fraude em licitação ou contrato (artigo 337-L), contratação inidônea (artigo 337-M), impedimento indevido (artigo 337-N) e omissão grave de dado ou de informação por projetista (artigo 337-O).

Evidencia-se, portanto, uma intervenção penal baseada na política crime-pena para buscar a proteção dos bens jurídicos que interessam ao processo licitatório, alinhando-se, ao menos no plano procedimental, à evolução da política de integridade que passa a integrar o catálogo material de deveres da administração, principalmente dos órgãos de cúpula. Portanto, a tipificação dos crimes sucede à falha na intervenção ex ante decorrente da existência do programa de integridade idôneo levado a efeito pela administração e, em muitos casos, também pelos contratantes.

4. Conclusão

O *compliance* público representa a instituição de deveres e de mecanismos para combate aos ilícitos no setor público e promoção da integridade no âmbito de órgãos, instituições e empresas estatais, cooperando no combate às formas plurais de comportamentos desviados, sobremaneira corrupção e fraudes, a fim de conferir feições adequadas ao funcionamento da economia e à gestão da Administração pública.

O produto dessa nova realidade do cenário global é a edificação de parametrizações internas flexíveis ou fundadas em *guidelines* impositivos para a gestão pública, com o objetivo de evitar ou mitigar riscos plurais que envolvem a atividade (aspecto preventivo do *compliance*), bem como exige a criação de mecanismos para detecção, apuração e sancionamento de irregularidades e ilícitos, subsidiando decisões sobre contratações e operações financeiras com terceiro, sem prejuízo da comunicação dos fatos às instituições ou

órgãos públicos com atribuições persecutórias e fiscalizatórias (aspecto repressivo do *compliance*).

Não por outro motivo surge um movimento no âmbito da Administração Pública para promoção da ética pública, moralidade, integridade e eficiência, com criação de órgãos, comissões de ética, auditorias internas e corregedorias para coordenar e articular as atividades relativas à integridade, estabelecendo, como eixos principais, a necessidade de criação de programa de integridade que demonstre o comprometimento da alta administração, a existência de unidade responsável pela implementação do programa, análise, avaliação e gestão de risco associados ao tema da integridade, o monitoramento contínuo do Programa de Integridade Pública.

Deveras, a gestão dos riscos plurais que circundam a atividade desenvolvida por agentes públicos deve ser eficiente e, desta feita, não prescinde do adequado funcionamento de mecanismos plurais vocacionados à conformidade com diretrizes e normas internas e externas para reforço ao cumprimento com a legalidade. Por isso, a nova Lei de Licitações determina que as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

Tudo isso passará a ser realidade a partir da exigência de programa de *compliance* capaz de dar concretude aos compromissos da Administração e alcançar os objetivos estabelecidos para o processo licitatório, contribuindo para promover um ambiente íntegro e confiável, alinhados contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias em prol da eficiência, efetividade e eficácia das contratações.