

O *compliance* e a nova Lei de Licitações



Murilo Alves de Carvalho

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público, Penal, Processual Penal e Direito Penal Econômico, Civil e Processo Civil, Ambiental e Internacional, e pós-graduando em Direito das Licitações e Contratos Públicos pela Universidade Leonardo da Vinci. Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo.

RESUMO: O programa de *compliance* caracteriza-se pela promoção da integridade e da responsabilidade no meio organizacional. A partir dessa premissa, o objetivo do presente artigo é abordar o conceito de *compliance*, sua forma de atuação, sua importância na esfera da Administração Pública, bem como relacionar tal medida à nova Lei de Licitações. Nesse desiderato, será evidenciado como o *compliance*, atualmente, representa uma ferramenta efetiva e necessária para o combate à corrupção no setor público em geral, especialmente nos processos licitatórios.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Administração Pública. Nova Lei de Licitações.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 *Compliance*. 3 O *compliance* na Administração Pública. 4 O *compliance* e a nova Lei de Licitações. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As organizações empresariais, independentemente de seu segmento ou denominação, estão sujeitas a atitudes ilícitas ou moralmente questionáveis por parte de seus integrantes, desde a alta administração, até o âmbito operacional. Nesse contexto, surge o termo corrupção para englobar tais atos, sejam em áreas públicas ou privadas.

Entretanto, como consabido pela maioria da população brasileira, a maior parte dos casos de corrupção ocorre dentro da esfera pública, o que pode ser atribuído às falhas de fiscalizações efetivas nesse ambiente.

No intuito de modificar essa realidade, diversas medidas vêm sendo tomadas por parte do legislativo. Nesse sentido, acompanhada de diversos outros equipamentos legislativos, a Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como “lei anticorrupção”, é uma referência clara ao que se denomina *compliance*.

De forma geral, o *compliance* é definido como um programa que visa garantir o cumprimento das normas, valores, e regulamentos de determinada organização.

Desse modo, pode-se entender que o programa de *compliance* existe devido à necessidade de desenvolver um plano interno para as organizações, a fim de identificar e prevenir atividades ilegais ou mesmo meramente irregulares do ponto de vista contratual, tanto no meio privado, quanto envolvendo fundos públicos.

No que concerne especificamente à esfera da Administração Pública, releva destacar o aspecto relativo aos processos de licitação, os quais tratam do fornecimento de serviços ou objetos ao setor público por empresas privadas.

Até recentemente, a Lei nº 8.666/1993 regulamentava o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitações e contratos administrativos no campo da Administração Pública.

No entanto, em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações, a qual estipulou novas normas para licitação e contratação administrativa.

Contudo, foi estabelecido um regime de transição, nos termos dos artigos 191 e 193 da nova Lei, segundo o qual a Lei nº 8.666/1993 somente será considerada revogada após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da novel legislação.

Dessa maneira, durante tal lapso temporal, a Administração Pública pode optar por utilizar uma ou outra lei, sendo que a vigência da Lei nº 14.133/2021 de forma exclusiva ocorrerá a partir de abril de 2023.

No âmbito desse trabalho, o destaque da nova Lei de Licitações refere-se às inovações acerca da obrigatoriedade de implementação de modelos de integridade, que possuem como principal objetivo a instauração de programas de *compliance*,

visando auditar e estimular a denúncia de irregularidades no processo licitatório, assim como a regulamentação de ações restaurativas de responsabilização.

Nesse contexto, o artigo aqui apresentado tem como objetivo discorrer justamente sobre a temática do *compliance* em relação à Administração Pública, considerando às disposições da nova Lei de Licitações como principal ponto de debate.



Fonte: www.editoraforum.com.br

2 Compliance

Compliance é, de acordo com Coimbra e Manzi, “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”¹.

Na visão de Schramm, o programa de *compliance* pode ser traduzido na adoção de um conjunto de princípios e regras internas, cujo principal objetivo é garantir conformidade com a lei e cumprimento de padrões de conduta por colaboradores diretos e indiretos de determinada organização².

Sendo assim, de forma sucinta, a base consiste em regulamentar ações e direcionamentos, visando ao exercício pleno da honestidade no meio organizacional.

Nessa esteira, Diniz e Silveira dispõem que o termo *compliance* não está relacionado apenas com determinações jurídico-penais, mas também, com um conjunto de normais sociais, incluindo valores morais, normas técnicas e jurídicas³.

¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

² SCHRAMM, Fernanda Santos *et al.* *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 42.

³ DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

Em outras palavras, Muzilli consolida o conceito de *compliance* como uma forma de transparência e cumprimento das normas jurídicas e organizacionais, segundo a qual:

[...] em termos de boa governança corporativa, fica muito clara a necessidade de disseminar em cada membro da organização e pessoas relacionadas, o conceito e o dever de estar em cumprimento às normas internas, leis e regulamentos a que a organização está submetida, ou seja, estar em *compliance*⁴.

Por sua vez, Candeloro, Rizzo e Pinho sistematizam o *compliance* como uma ótima ferramenta para garantir a aplicação de valores éticos e de boas condutas no mercado, visto que se configura como:

[...] um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados “riscos de *compliance*”, a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades⁵.

Dessa maneira, observa-se que o *compliance* não trata apenas de normatividades, mas também tem cunho ético e moral, de caráter preventivo a atos corruptivos, em todas as suas esferas de aplicação.

Ademais, vale ressaltar que os programas de *compliance* tiveram início nos Estados Unidos, no ramo privado, com o intuito de regular e garantir o equilíbrio das ações empresariais com as normas jurídicas vigentes. Tais programas, à época, pretendiam evitar práticas econômicas ilícitas nas organizações empresárias por meio de um sistema de correção entre o ente público e privado⁶.

Com a crise de 1929, o Estado norte-americano sentiu a necessidade de regulamentar e controlar a ordem econômica para diminuir desequilíbrios econômicos e, assim, foram criadas regras para que os administradores e diretores adotassem métodos de inclusão de informações sobre o controle financeiro e declarações da empresa sob pena de responsabilização pessoal mediante pena de reclusão⁷.

Nesse mesmo período, os Estados Unidos também detectaram a necessidade de estabelecer regras rígidas para alcançar um patamar em que as ações do mercado privado estivessem de acordo com o interesse público.

⁴ MUZILLI, Marco Antônio. Diferença entre compliance e auditoria interna. *Muzilli Governança Corporativa*, São Paulo, 05 jun. 2006, p. 1.

⁵ CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins De; PINHO, Vinícius. *Compliance 360°*. São Paulo: Trevisan, 2012.

⁶ DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

⁷ *Ibidem*.

No que se refere ao Brasil, o *compliance* ganhou destaque apenas com a Lei nº 12.846/2013 e, a partir daí, tem se tornado um mecanismo cada vez mais comum no ambiente de negócios, como instrumento por meio do qual se objetiva submeter as pessoas jurídicas a manter o cumprimento das normas e regulamentos, a partir da adoção de procedimentos internos pautados pela integridade e pela ética⁸.

Entretanto, para que os benefícios do *compliance* realmente alcancem a cultura anticorrupção, as medidas devem abranger toda a organização, incluindo:

[...] diversos setores mais tradicionais do Direito – trabalhista, societário, criminal, tributário etc. –, sendo que, quanto mais completa a área de *compliance* de uma organização, mais resguardada estará a entidade contra riscos internos e externos de sua atividade⁹.

Decerto, o *compliance* conquistou a atenção do setor empresarial pelo rigor da lei na atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas, visto que são previstas sanções severas. No entanto, a legislação permite o abrandamento das penalizações se existirem mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de estímulo às denúncias de condutas irregulares, conforme disposto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013¹⁰.

Dessa forma, o programa de *compliance* com código de condutas, manuais de práticas, código de procedimentos, dentre outras ferramentas, configura uma forma de autorregulação estatal imposta às empresas privadas, a qual contribui para boa gestão das organizações, na medida em que, retomando o pensamento aristotélico, denota-se inerente a necessidade do homem em estabelecer práticas adequadas de comportamento, de modo a desenvolver em si a virtude necessária para uma boa vida em sociedade¹¹.

Portanto, a principal característica do *compliance* é efetivar o cumprimento das normas e processos internos da organização, visando prevenir e controlar os riscos do negócio, seguindo as diretrizes previamente estipuladas aos colaboradores, em consonância com o ramo de atuação.

Assim sendo, com o propósito de traçar as regras econômicas globais, o Direito Administrativo sancionador tem sido balizado por tratados e convenções, impulsionando a criação da lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira¹².

⁸ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

⁹ GORGA, Maria Luíza. *Compliance: a visão além das bad apples*. Portal Compliance Brasil, 2016. Disponível em: <http://compliancebrasil.org/compliance-a-visao-alem-das-bad-apples/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁰ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

¹¹ RIBEIRO, Michel *et al.* A adoção do *compliance* na Petrobras S/A no ano de 2016: reflexos da operação lava-jato. *Revista Gestão em Conhecimento*, v. 3, n. 3, 2021, p. 3.

¹² GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. The new brazilian anti-corruption act: controversial aspects and penalty mechanisms of private entities. *Rev. Eurolatin. Der. Adm.*, v. 2, 2015, p. 71.

Nesse aspecto, Durães e Ribeiro afirmam, acerca da criação da Lei nº 12.846/2013, que:

[...] é resultante da pressão internacional sobre o Brasil, que havia se comprometido a combater a corrupção ao assinar documentos internacionais, tais como: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e Convenção da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE (1997). Desse modo, visando a cumprir os compromissos firmados, criaram-se mecanismos legais para a responsabilização das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção que envolvem transações comerciais com outros países. O *compliance* incide, portanto, na relação da pessoa jurídica privada com a administração pública brasileira ou com a estrangeira¹³.

Desse modo, a Lei nº 12.846/2013 tem como principal foco, conforme exposto no artigo 1º, *caput*, a implicação administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Para tanto, no artigo 5º, estão enumeradas de forma taxativa as hipóteses em que as pessoas jurídicas cometem atos lesivos ao erário público, conforme os princípios e tratados assumidos pelo Brasil. Nos demais artigos são expostas quais são as penalidades, bem como os parâmetros a serem levados em consideração para aplicação, o devido processo legal e os demais procedimentos administrativos.

Noutro aspecto, releva especificar que existem dez fundamentos básicos para que o programa de conformidade seja executado, quais sejam: 1) suporte da alta administração, 2) avaliação de riscos, 3) código de conduta e políticas de *compliance*, 4) controles internos, 5) treinamento e comunicação, 6) canais de denúncias, 7) investigações internas, 8) *due diligence* de terceiros, 9) monitoramento e auditoria e, por último, 10) diversidade e inclusão¹⁴.

No que concerne ao primeiro pilar, relativo ao suporte da alta administração, necessário considerar que o líder máximo da organização não deve apenas afirmar em seus discursos que os participantes devem seguir as diretrizes, mas sim usar esses princípios como norte, de forma a transformar o ambiente empresarial num agente ético e íntegro, não podendo em qualquer hipótese mudar suas condutas e decisões.

Já sobre o segundo pilar, referente à avaliação de riscos, é preciso planejar, fazer entrevistas com documentação e catalogação de dados, bem como análise de dados para estabelecer medidas de remediação necessárias, ou seja, entrevistas com diferentes profissionais das áreas jurídicas, considerando como parâmetros o país de origem, o ramo de atividade, a forma de venda, de contratação de terceiros e de comercialização dos seus produtos e serviços.

¹³ DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, 2020, p. 75.

¹⁴ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*. São Paulo: LEC – *Legal Ethics Compliance*, 2016, p. 3.

Em relação ao terceiro pilar, o código de conduta e políticas de *compliance* consiste nas determinações a serem seguidas pelas pessoas jurídicas, ou seja, a base em que estão contidos os direitos e obrigações.

Por sua vez, o quarto pilar dos controles internos dispõe sobre quais formalidades devem ser adotadas para diminuir os riscos operacionais do *compliance*, isto é, garantir que os livros de registros contábeis e financeiros fiquem interligados, em consonância com o exigido pelas legislações regentes. Nesse pilar são explicitadas as regras para revisão e validação das atividades empresariais, verificando, assim, a eficiência e eficácia.

O quinto pilar, relativo ao treinamento e à comunicação, é de suma importância, pois todos os funcionários, do operacional até os cargos de maior confiança da empresa, deverão compreender os princípios e regras do *compliance*. Por isso, a empresa, por meio de treinamentos e comunicação, deverá capacitar seus colaboradores sobre as regras preestabelecidas para o sucesso do programa.

O sexto pilar dispõe sobre os canais de denúncia, que são os mecanismos de reporte anônimo por funcionários ou parceiros comerciais para identificações de fraudes.

Nesse sentido, as investigações internas, indicadas agora no sétimo pilar, possuem como principal ponto a investigação dos fatos, visando provar, de forma concreta, o que ocasionou o problema apresentado. Nessa etapa, deve ser verificado se houve uma conduta imprópria, quem estava envolvido e se realmente o código de conduta foi violado. Ressalta-se, ainda, que uma investigação eficaz é aquela que protege os interesses da empresa e de seus proprietários (quando se fala em ente privado), além de mostrar o interesse da empresa punir em caso de descumprimento.

O oitavo pilar, denominado *due diligence*, também conhecido como diligência prévia, verifica se os seus parceiros, fornecedores, ou representantes, adotam o programa de *compliance*. Visto que, não basta uma empresa cumprir todas as medidas se tiver parceiros que descumprem, de forma a gerar ilegalidades ou condutas antiéticas.

O nono pilar, auditoria e monitoramento, mede a efetividade do programa, verificando se realmente está funcionando conforme planejado. Nesse aspecto, para verificar se todas as diretrizes estão sendo cumpridas, é realizada uma auditoria interna, por meio de amostragem, na qual é verificado se os processos estão seguindo os parâmetros preestabelecidos e se cada etapa do processo está sendo devidamente respeitada.

Por fim, há ainda o mais recente pilar, décimo e último, denominado *diversidade e inclusão*. Como o próprio nome indica, sua finalidade é afastar as práticas discriminatórias e garantir um ambiente de produção saudável para grupos historicamente discriminados no ambiente de trabalho, como as mulheres, os negros e seus descendentes, os deficientes físicos, os indivíduos cuja orientação sexual se alinhe com a comunidade LGBTQIA+, ou mesmo participantes do palco laboral que se encontram com uma limitação temporária

em sua capacidade de plena produção (por exemplo, redução de horário em virtude de deficiência física própria ou de uma familiar, etc.). Mas que, não obstante, ainda assim fazem parte da equipe de trabalho e merecem ter suas rotinas ajustadas ao seu perfil ocasional.

Desse modo, evidencia-se que os programas de *compliance* possuem sua fundamentação e utilidade não só como forma de controle, segurança e resguardo a possíveis ações criminosas no meio empresarial, mas também como instrumento de grande valia no contexto de transferência de responsabilidade, na medida em que podem atenuar ou evitar a responsabilidade da pessoa jurídica no caso do surgimento de atitudes corruptivas em uma organização.

3 O *compliance* na Administração Pública

A recorrência de casos de corrupção na Administração Pública brasileira tem gerado como consequência a emissão de novos diplomas legais destinados a preencher as lacunas da lei.

Nesse contexto, no âmbito da Administração Pública, aderiu-se ao *compliance* a partir da promulgação pelo Brasil da Convenção Interamericana contra a Corrupção, por meio do Decreto nº 4.410/2002, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, por intermédio do Decreto nº 5.687/2006, no intuito de estimular e consolidar formas de prevenção à corrupção de maneira mais eficaz. Por exemplo, mediante a implementação de códigos de conduta para servidores públicos, bem como elaboração de políticas públicas que visem à integridade, honestidade e responsabilidade¹⁵.

Sob esse aspecto, o programa de *compliance* na Administração Pública consiste numa forma de colaboração na idealização de um país íntegro, objetivando o enfrentamento de atitudes corruptas.

Nesse sentido, a Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, determina, em seu artigo 9º, a adoção de regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

Art. 9º [...]

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

¹⁵ DOS SANTOS, Mariana Costa. *Compliance* na administração pública: uma análise crítica sobre a natureza do instituto no setor público diante de outros mecanismos de controle. *Lex Cult Revista do CCJF*, v. 3, n. 2, p. 94-108, 2019.

- I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
- II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
- III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
- IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
- V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
- VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Sendo assim, o *compliance*, como um programa de integridade ou conformidade desenvolvido por órgãos e entidades da Administração Pública, deve incluir um conjunto de mecanismos e procedimentos departamentais para possibilitar uma análise e gestão eficaz dos riscos gerados pelos setores da Administração Pública.

Dessa forma, a implementação e o monitoramento de políticas públicas buscam propiciar o fortalecimento da comunicação interna e interação entre órgãos da Administração Pública e entidades na gestão de políticas públicas, com o escopo de melhorar a segurança e a transparência das informações, bem como promover a condenação por violações e o controle da corrupção, com foco em resultados efetivos, ou seja, maximizando o bem-estar social e realizando os direitos básicos, especialmente os direitos sociais¹⁶.

Para tanto, a área de *compliance* na Administração Pública deve identificar atividades, técnicas e metodologias direcionadas às fragilidades constatadas que podem gerar ameaças à integridade do órgão público. Por isso, é importante também que seja avaliada constantemente a assertividade dos procedimentos aplicados no programa de *compliance*, suas áreas de vulnerabilidade, e suas possíveis melhorias.

Partindo desse pressuposto, Santos, Araújo e Xavier debatem acerca da comunicação e divulgação relacionada ao *compliance* em organizações públicas, ressaltando que:

[...] Para que o programa de *compliance* funcione de maneira efetiva, é de absoluta importância que sejam elaboradas estratégias de divulgação das políticas de integridade da empresa e que todos os colaboradores, independentemente do nível hierárquico dentro da estatal, recebam um treinamento apropriado sobre o programa. Os valores e linhas gerais sobre

¹⁶ MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, maio 2019.

cada política adotada devem estar acessíveis a todos os interessados, sejam eles colaboradores ou terceiros independentes¹⁷.

Assim, a efetivação do *compliance* na esfera pública não é somente útil, como também necessária, pois inadmissível que as instituições públicas permaneçam se beneficiando de atitudes prejudiciais ao Estado brasileiro, na medida em que a corrupção lesa todos os pilares que constituem a cadeia do desenvolvimento econômico, portanto, deve ser combatida vigorosamente com todas as medidas dispostas.

Ademais, imprescindível que as medidas dos programas de *compliance* não burocratizem e dificultem as atividades da esfera pública, mas sim estruturem de forma palpável todos os setores nela inseridos, inclusive no que tange às contratações administrativas mediante licitação.

Desse modo, a exigência da empresa apresentar um mecanismo de *compliance* estipulado no edital de contratação é resultante diretamente do poder de polícia da Administração Pública, que interfere na aplicação do mecanismo de fiscalização, de maneira compatível com o conceito de exercício mais efetivo de controle, porque está no cumprimento de objetivos públicos.

Sob essa premissa, o Estado também contará com fiscalizações na estrutura interna das empresas privadas. Atentar para os interesses dos órgãos de gestão pública na organização interna da empresa permite definir quem pode firmar contratos com o governo ou quem tem interesse em estabelecer algum tipo de relação com o governo. Portanto, isso pode interferir diretamente nas licitações e nos contratos administrativos¹⁸.

Nesse viés, o próximo tópico do presente artigo abordará o *compliance* no contexto dos processos licitatórios, particularmente com foco na nova Lei de Licitações.



Fonte: <https://essenceclinicadesaude.com.br>

¹⁷ DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; DOS SANTOS, Bruna de Brito André; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance* na administração pública brasileira. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, 2019, p. 264.

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

4 O *compliance* e a nova Lei de Licitações

Conforme exposto por Vasconcelos, no âmbito público, o tema *compliance* alcança:

[...] todo e qualquer modelo de negócio que impacte o ambiente, as finanças, o comércio de produtos e serviços, as relações sociais, as políticas públicas e o trato com a coisa pública. Ademais, a ferramenta do *compliance* irradia-se para a compreensão jurídica de todos os ramos do direito e, desse modo, também para o processo de licitação e de contratação pública. Paralelamente, também, compreende-se que *compliance* alinha-se com as regras éticas, de forma que seu conteúdo polissêmico e dinâmico se volta para a construção de uma cultura corporativa e identidade institucional¹⁹.

Na mesma linha, Carvalho e Almeida dispõem que *compliance* é:

[...] ao mesmo tempo, produto e processo para mitigação de riscos e garantia de integridade de qualquer atividade. Certamente, constitui-se como uma ferramenta de maturidade de qualquer instituição pública ou do mercado privado²⁰.

No que tange às práticas licitatórias, supramencionados autores ressaltam que é melhor praticar do que explicar, sendo a principal forma de alcançar resultados é por meio da produtividade e da transparência nos feitos licitatórios²¹.

Nessa perspectiva, indispensável atentar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, também trouxe aspectos norteadores do *compliance*, pois o legislador estabeleceu parâmetros a serem seguidos para que não houvesse abertura para um processo fraudulento e corruptivo, como se vê:

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

Nesse mesmo viés, foram elaborados decretos e leis estabelecendo diversas medidas com base no programa de *compliance*.

De maneira exemplificativa, pode-se mencionar o Ato Regulamentar nº 22/2020 do STF, que alterou seu organograma para que o Núcleo de Governança da Contratações e o Núcleo de Gestão das Contratações fossem diretamente ligados à Diretoria-Geral:

¹⁹ VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. *O poder-dever do pregoeiro: juridicidade, compliance, gestão de riscos e o princípio da funcionalidade da licitação*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista na Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT, Brasília, 2020, p. 19.

²⁰ CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de *compliance*: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; et al (Coords.). *Manual de compliance*. São Paulo: GEN/Forense, 2019, p. 58.

²¹ *Ibidem*.

Art. 12. [...]

I - Gabinete do Diretor-Geral (GDG): preparar o despacho do expediente do Diretor-Geral e fornecer o apoio administrativo a suas atividades, assim como às atividades da Assessoria Jurídica, da Assessoria de Administração, do Núcleo de Governança das Contratações e do Núcleo de Gestão das Contratações;

[...]

IV - Núcleo de Governança das Contratações (NGOC): unidade responsável por planejar e promover a governança das contratações; implementar a gestão de riscos nos processos de aquisições; propor, avaliar e monitorar os instrumentos de integridade e a eficácia dos controles, assim como assegurar a conformidade em ações relacionadas a licitações e contratações; [...]

XI - Núcleo de Gestão das Contratações (NGEC): *planejar, gerir e monitorar as atividades relativas aos processos de aquisições, licitações e gestão de contratos, e de outros instrumentos congêneres do STF* (destaque nosso).

Deveras, planejar, avaliar, gerir e monitorar, como explicitado anteriormente, são pilares do *compliance*.

Na mesma esteira, é notório que o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, tem como princípios a capacidade de resposta, a integridade, a confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de conta, a responsabilidade e a transparência.

Ademais, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, tipifica, em seu artigo 5º, quais atos são lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, e, nos artigos subsequentes, estipula as penalidades decorrentes do seu descumprimento.

Por seu turno, no dia 1º de abril de 2021, foi promulgada a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, estabelecendo novas normas para licitação e contratação pela Administração Pública.

Uma das inovações dessa lei concerne às contratações de obras, serviços e fornecimento de grande vulto, isto é, de grandes valores, consoante definido no inciso XXII do artigo 6º, cujo montante estimado supere R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Nesses casos, o parágrafo 4º do artigo 25 estatui que “o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato”. Tal programa deverá conter as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Há de mencionar, ainda, que a exigência de um programa de integridade no processo licitatório separa os aventureiros das empresas especializadas em fornecer para o Erário, pois, quando é apresentado o programa de *compliance*, a Administração poderá avaliar se realmente o fornecedor terá capacidade de entregar o objeto licitado, prevenindo, dessa forma, prejuízos futuros.

Com essa mesmo desiderato, em momentos anteriores, outros dispositivos legais já se mostravam preocupados com a integridade. Por exemplo, o Decreto

nº 8.420/2015, no artigo 41, definiu programa de integridade no âmbito de uma pessoa jurídica como:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Dessa forma, como mencionado acima, o programa de integridade tem como objetivo implementar mecanismos e procedimentos como auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade, políticas e diretrizes visando prevenir fraudes ou qualquer prejuízo para o órgão licitante.

Decerto, com procedimentos internos de integridade, a Administração Pública se previne contra atos lesivos, eis que torna o processo interno e externo mais transparente, impedindo que pontos frágeis do processo comprometam a operação como um todo.



Fonte: <https://jcmconsultores.com.br>

No mesmo viés, a nova Lei de Licitações dispõe sobre a possibilidade de considerar a implementação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade no momento da aplicação de sanções ao responsável por infrações administrativas previstas na Lei:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

[...]

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

É evidente a preocupação do legislador em levar em consideração a implementação de um programa de *compliance* para futuros fornecimentos. O principal objetivo da Administração com essa medida é fazer com que os licitantes não cometam as mesmas falhas, pois, quando o programa estiver em funcionamento, diretrizes serão estabelecidas para que futuras falhas possam ser previstas.

Para formação de um processo interno de *due diligence* foi criado pela nova Lei de Licitações o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Dessa maneira, o processo licitatório gozará de mais transparência, possibilitando que o órgão licitante analise planos de contratação anuais, catálogos eletrônicos de padronização, entre outros dados, conforme descrito pelo dispositivo legal:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I - planos de contratação anuais;
II - catálogos eletrônicos de padronização;
III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
IV - atas de registro de preços;
V - contratos e termos aditivos;
VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Também podem ser levados em consideração, na aplicação de sanção, os padrões éticos. Ocasão em que o Erário atenuará ou agravará as penalidades, conforme dispõe o artigo 156, incisos I a V e § 1º a 9º da Lei nº 14.133/2021 e, eventualmente, de acordo com disposição inserida do próprio contrato.

Com efeito, espera-se que as empresas, para melhor desempenho das atividades, contratem profissionais devidamente qualificados, proporcionando maior transparência e segurança, bem como afastando os riscos de emergirem danos à Administração Pública em uma eventual *culpa in elegendo*, decorrente de práticas inadequadas dos referidos atores no palco do ambiente de trabalho.

Outra inovação, trazida no inciso VI do artigo 14, é a vedação de participação de licitantes que, nos 5 anos anteriores à publicação do edital, tenham sido condenados, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho

infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas à escravidão, ou por contratar adolescentes com carga horária maior que estipulada em lei.

Ademais, o artigo 63, nos termos dos parágrafos 2º e 3º, dispõe sobre a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico sobre a ciência das condições e peculiaridades da operação.

Outra novidade é a possibilidade de utilização de outros requisitos, em caso de empate entre duas ou mais propostas, onde se vislumbra de forma clara como critério de desempate o desenvolvimento e aplicação de ferramentas de *compliance*:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - *avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;*

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

No que tange à avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento, beneficiando empresas que cumprem com as obrigações firmadas em contratos anteriores, denota-se que essa medida incentiva os fornecedores a cumprirem com os contratos de forma mais ágil e visa, também, de forma tácita, estimular os licitantes que deixam pendências a cumprirem as obrigações de forma sublime.

Além disso, ao consultar registros cadastrais, a Administração verificará os contratos anteriores, constatando se de fato o licitante possui capacidade estrutural para cumprir com o contrato, viabilizando a habilitação da empresa.

Em reportagem publicada na revista Exame, Renato Cirne, diretor jurídico e de *compliance*, ressaltou que:

[...] A nova lei traz mudanças relevantes, muda paradigmas, como a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 174), que se transformará na vitrine de transparência de contratações públicas, cria modalidade de licitação chamada diálogo competitivo, que busca superar desafios da administração em objetos sem soluções prontas, propõe a arbitragem para solução de conflitos, além das demais mudanças mencionadas, notadamente relacionadas aos programas de integridade²².

²² CIRNE, Renato. Nova lei de licitações evidencia importância dos programas de integridade. *Exame*, 02 abr. 2021. Disponível em: <https://exame.com/bussola/nova-lei-de-licitacoes-evidencia-importancia-dos-programas-de-integridade/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Nessa perspectiva, evidencia-se que as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 prometem transformar as atividades ligadas ao processo licitatório, tanto em favor das empresas licitantes, quanto das empresas contratantes, buscando cada vez mais a transparência e o cumprimento ético e legal de sua regulamentação.

5 Conclusão

Consoante exposto, o objetivo central do *compliance* consiste em garantir o cumprimento de normas éticas e legais, protegendo as empresas contra atos ilícitos em seu desfavor, responsabilizando também os autores destas ações, independentemente do lugar ocupado na hierarquia da organização.

Nesse panorama, as políticas de *compliance* vêm ganhando valor, tanto na iniciativa privada, quanto na esfera da Administração Pública. Evidenciando-se que, considerado o histórico de inúmeros casos de corrupção no setor público brasileiro, a ampla e efetiva inserção do *compliance* nesse segmento configura-se como uma necessidade premente.

Deveras, os programas de *compliance* são instrumentos de grande valia ao meio da Administração Pública, particularmente nas suas relações com empresas privadas, como nos processos licitatórios.

Como demonstrado, o programa de *compliance*, principalmente nesse setor, traz diversos benefícios, prevenindo a ocorrência de atos ilícitos, servindo de ação comprobatória da integridade das organizações e seus funcionários, atenuando penalidades mencionadas na lei anticorrupção, proporcionando ganhos competitivos junto às empresas contratantes, e preservando a imagem da organização.

Nesse contexto, a nova Lei de Licitações destaca-se por trazer novos métodos que incentivam licitantes e contratantes a implementarem os programas de integridade, ditos programas de *compliance*, no intuito de reprimir atividades ilícitas comuns desse processo, como corrupção ligada a atos de suborno e fraude.

Vale salientar que, para que os programas de *compliance* sejam aplicados de forma eficiente e eficaz, imprescindível existir uma ampla rede de comunicação entre os integrantes das organizações, garantindo uma implementação de forma clara e efetiva, buscando a não burocratização desse processo.

Considerando os assuntos aqui abordados, pode-se concluir que a implantação dos programas de *compliance*, no que se refere à nova Lei de Licitações, caso aplicada de forma efetiva, beneficiará a proteção jurídica tanto para a Administração Pública, quanto para as empresas licitantes, mediante instrumentos mais eficazes de controle.

Referências

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins De; PINHO, Vinícius. *Compliance 360°*. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de *compliance*: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; et al (Coords.). *Manual de compliance*. São Paulo: GEN/Forense, p. 57-77, 2019.

CIRNE, Renato. Nova lei de licitações evidencia importância dos programas de integridade. *Exame*, 02 abr. 2021. Disponível em: <https://exame.com/bussola/nova-lei-de-licitacoes-evidencia-importancia-dos-programas-de-integridade/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

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

DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; DOS SANTOS, Bruna de Brito André; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance na administração pública brasileira*. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, p. 247-272, 2019.

DINIZ, Eduardo Saad; SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

DOS SANTOS, Mariana Costa. *Compliance na administração pública: uma análise crítica sobre a natureza do instituto no setor público diante de outros mecanismos de controle*. *Lex Cult Revista do CCJF*, v. 3, n. 2, p. 94-108, 2019.

DURÃES, Cintya Nishimura; RIBEIRO, Maria De Fátima. O *compliance* no Brasil e a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 53, p. 69-78, 2020.

GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. The new brazilian anti-corruption act: controversial aspects and penalty mechanisms of private entities. *Rev. Eurolatin. Der. Adm.*, v. 2, p. 71, 2015.

GORGA, Maria Luíza. *Compliance: a visão além das bad apples*. *Portal Compliance Brasil*, 2016. Disponível em: <http://compliancebrasil.org/compliance-a-visao-alem-das-bad-apples/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

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

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de

2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, maio 2019.

MUZILLI, Marco Antônio. Diferença entre compliance e auditoria interna. *Muzilli Governança Corporativa*. São Paulo, 05 jun. 2006. Disponível em: <http://muzilli.com.br/reportagem/compliance.html>. Acesso em: 25 ago. 2021.

RIBEIRO, Michel *et al.* A adoção do *compliance* na Petrobras SA no ano de 2016: reflexos da operação lava-jato. *Revista Gestão em Conhecimento*, v. 3, n. 3, 2021.

SCHRAMM, Fernanda Santos *et al.* *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*. São Paulo: LEC – *Legal Ethics Compliance*, 2016.

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. *O poder-dever do pregoeiro: juridicidade, compliance, gestão de riscos e o princípio da funcionalidade da licitação*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista na Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT, Brasília, 2020.