III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O papel das instituições na Consolidação da Democracia Brasileira foi o tema central do III Congresso de Direito do Vetor Norte de Belo Horizonte, que ocorreu nos dias 21 e 22 de outubro, na FAMINAS-BH.

O tema central do evento possui grande confluência com o Direito Administrativo, razão pela qual o GT de Direito e Administração Pública foi recheado de excelentes trabalhos acerca do assunto.

Temas como compliance, licitações, poder de poícia e princípios da Administração Pública estiveram presentes nos diversos trabalhos apresentados.

Acreditamos que é papel do pesquisador em direito administrativo se envolver diretamente nos problemas que envolvem a administração pública, em busca de soluções, pelo direito, de forma a garantir um melhor exercício da função administrativa.

Esperamos que vocês gostem das leituras, como nós.

Professor Gustavo Matos de Figueroa Fernandes

Professora Noelle Carvalho Del Giúdice

Professor Ricardo Marques

AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO FERRAMENTA DE CORREÇÃO DE DESVIOS.

PUBLIC BIDDING AND THE ROLE OF THE INTEGRITY PROGRAM AS A DRIVING CORRECTION TOOL.

Mario Augusto de Araujo Luzzi Junior [1]

Resumo

Este artigo tem por objetivo mostrar o Programa de Integridade ("compliance") como uma importante ferramenta de proteção dos investimentos dispendidos em licitações públicas. A metodologia aplicada será uma análise histórica do processo licitatório no Brasil, sob a ótica do combate à corrupção no mundo e no Brasil. Em seguida, será feita uma análise da legislação que regulamenta as compras governamentais, bem como legislações estaduais que já incorporam o Programa de Integridade como ferramenta de controle da Administração Pública. Por fim, será analisado o Projeto de Lei 1292/1995, no tocante ao Programa de Integridade, sua efetividade e proposta sugestão de alteração.

Palavras-chave: Corrupção, Administração pública, Programa de integridade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to show the Compliance Program as an important tool to protect investments spent on public tenders. The applied methodology will be a historical analysis of the bidding process in Brazil, from the perspective of the fight against corruption in the world and in Brazil. Next, an analysis will be made of the legislation governing government procurement, as well as state legislations that already incorporate the Integrity Program as a public administration control tool. Finally, the Law Project 1292/1995 will be analyzed, regarding the Integrity Program, its effectiveness and proposals for amendments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corruption, Public administration, Integrity program

[1] Bacharel em Direito pela UFMG. MBA em Gestão Empresarial pela FGV. Pós-graduado em Gestão Pública pela UNIFA(RJ). Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (MG).

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto judiciário em que o Brasil se encontra, com o combate à corrupção ocupando grande parte da atenção do Supremo Tribunal Federal e das demais instâncias do Judiciário, bem como do Ministério Público e órgãos de controle externo, verifica-se a necessidade de aprimoramento do processo de compras governamentais, no que tange à atuação dos agentes públicos e privados envolvidos.

É importante ressaltar que as primeiras iniciativas para deter os efeitos maléficos da corrupção surgiram em 1997, quando da assinatura da Convenção Anticorrupção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que se tornou um divisor de águas na luta contra a corrupção no Brasil, por ter dela derivado a Lei 12.846/2013, conhecida como a Lei Anticorrupção.

Percebe-se, de imediato, a necessidade de aprimoramento das estruturas públicas e particulares envolvidas no processo de compras governamentais, no que tange a implementação de programas de integridade (em inglês, *"compliance"*).

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise sobre a evolução da legislação sobre compras governamentais no Brasil ao longo da história, antes do surgimento do *compliance,* à luz da doutrina brasileira. Em seguida, buscar-se-á uma abordagem do *compliance* no Direito Comparado, bem como do modelo brasileiro.

Por fim, será feita uma análise do *compliance* dentro do PL 1292/1995 e de sua eficiência quando da entrada em vigor.

2. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO BRASIL

Segundo MAURANO (2004), a licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e trinta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Após o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, a final, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União.

Desde então, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, que estabeleceu a reforma administrativa federal, e estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

A partir de 1986, as licitações passam a ser regulamentadas pelo Decreto Federal nº. 2300, que recebeu alterações através dos Decretos nº. 2348 e 2360, que entraram em vigor também no mesmo ano.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, podemos observar que em seu art. 37, inciso XXI, o sistema jurídico-normativo referente às licitações passa a ter a devida atenção no plano constitucional impondo, como regra geral, a precedência da licitação a todas as compras governamentais, bem como atribuindo competência privativa à União para editar normas gerais sobre licitações e contratações públicas.

A Lei Federal de Licitações, de nº 8.666, sancionada em junho de 1993, regulamenta o dispositivo constitucional, inserindo no campo das compras governamentais normas de procedimentos a serem observadas, não só na Administração Pública Federal, mas, também, nas esferas Estadual e Municipal.

Em 17 de julho de 2002, foi instituída, de forma definitiva, a nova modalidade de licitação, o pregão, com a transformação da medida provisória nº 2.182/2000 em lei, sob o nº 10.520. Foram inseridas inovações na ordem jurídica das compras governamentais, na medida em que a lei 10.520/2002 impõe obrigatoriedade da utilização do pregão para compras de bens e serviços comuns, com a preferência de utilização da sua forma eletrônica e, estendendo suas regras aos Estados, Distrito Federal e Municípios, como norma geral, pendente de regulamentação.

Porém, todas as modalidades postas à disposição do administrador público não foram capazes de proteger os processos licitatórios da malversação de recursos públicos por condutas ilícitas de agentes públicos e/ou privados, percebendo-se a necessidade de implantar-se em todas as instituições os programas de integridade, também conhecidos como *"compliance"*. É o que veremos a seguir.

3. O "COMPLIANCE" NO DIREITO COMPARADO E O MODELO BRASILEIRO

A palavra "*compliance*" é de origem anglo-saxônica e vem do verbo "*to comply*", que significa cumprir, executar, obedecer ao que foi imposto ou determinado. ZIADE (2018, p.296) esclarece que:

> "a função do *compliance* consiste em assegurar que que empregados ou outros associados a uma empresa não violem leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, permitindo que as empresas reduzam os seus riscos e aprimorem a sua reputação aos olhos de investidores e parceiros comerciais".

A primeira legislação que discorre sobre normas de conduta para agentes públicos e privados, quando envolvidos em negociações de contratos governamentais, é o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a Lei Americana Anticorrupção no Exterior, promulgada pelo Congresso dos EUA em 1977 e destinada a criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional.

Até esse momento, os Estados Unidos da América eram um dos poucos países que proibiam suas empresas de pagarem propinas para autoridades públicas estrangeiras. A partir da ratificação e entrada em vigor da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, informalmente conhecida como "Convenção Anti-propina", vários países começaram a incluir em seu ordenamento jurídico legislações anticorrupção.

O Reino Unido destacou-se por assumir a vanguarda no tocante à legislação anticorrupção. Conhecida como "*UK Bribery Act*", trata-se de uma lei do Parlamento que abrange o direito penal relativo ao suborno . A lei revoga todas as disposições anteriores do estatuto e do direito comum em relação ao suborno, substituindo-os pelos crimes de suborno, suborno e suborno do público estrangeiro. funcionários públicos e o fracasso de uma organização comercial em impedir o suborno em seu nome.

Seguindo esta linha, foi promulgada no Brasil, no dia 1° de agosto de 2013, a Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, que representa importante avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a lei fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores, prevendo punições como multa administrativa - de até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa - e o instrumento do acordo de leniência, que permite o ressarcimento de danos de forma mais célere, além da alavancagem investigativa.

Para os entes privados, por força do disposto no parágrafo único do art. 7º da lei 12.846/2013, a definição dos parâmetros de avaliação de mecanismos e *procedimentos de integridade*, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades – critério de dosimetria previsto no inciso VIII do caput – foi remetida à regulamentação pelo Poder Executivo federal, o que se deu por ocasião da publicação do Decreto nº 8.420/2015.

Fixados os parâmetros para entes públicos e privados, como visto acima, fica no ar uma pergunta: como valorar o Programa de Integridade nas licitações públicas? É o que analisaremos em seguida.

4. O PROGRAMA DE INTEGRIDADE NO CONTEXTO DO PROJETO DE LEI 1292/95.

Considerada uma das legislações mais modernas da sua época, a lei 8.666/93 pauta-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Contudo, percebia-se a necessidade de incorporar ao arcabouço jurídico brasileiro uma nova legislação que estivesse ajustada às novas tecnologias e, ao mesmo tempo, abrangesse ferramentas eficientes de controle de desvios de agentes públicos e privados.

Neste mote, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados concluiu a aprovação, no dia 05 de dezembro de 2018, do PL (Projeto de Lei) nº 1292/95, que traz a proposta que revoga a atual Lei de Licitações (lei nº 8.666//93) e define um novo marco legal para União, Estados e Municípios, a ser votado em plenário no decorrer de 2019.

No que tange ao objetivo deste texto, foi verificada a existência de alguns artigos no PL 12952/95, que trazem pequenos avanços para a implementação de um Programa de Integridade nos participantes da licitação.

Por exemplo, podemos ver o § 4º do artigo 24, conforme abaixo:

> § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos **de grande vulto**, o edital **poderá** prever a obrigatoriedade de implantação de Programa de Integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses contados da celebração do contrato, na forma do regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento (grifos nossos).

Importante também é o artigo 58 do referido PL, que trata dos critérios de desempate entre empresas licitantes, onde pode ser encontrada a existência de um Programa de Integridade como critério:

> **Art. 58.** Em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:
> .....
> **IV – desenvolvimento pelo licitante de Programa de Integridade, conforme orientações dos órgãos de controle** (grifos nossos).

Outrossim, na esteira do combate à corrupção no Brasil o PL 1292/95 trouxe uma inovação, no que tange à atenuação da punição das empresas licitantes, quando da aplicação das sanções administrativas previstas em seu artigo 154, in *verbis*:

> **Art. 154.** Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:
> .....
> § 1º Na aplicação das sanções serão consideradas:
> .....
> **V – A implantação ou aperfeiçoamento de Programa de Integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle** (grifos nossos).

Por fim, é também importante ressaltar a necessidade de implantação de um Programa de Integridade, como condição de reabilitação da empresa, perante a própria autoridade que lhe aplicou a penalidade, nos casos de declaração ou documentação falsa apresentada durante o certame (artigo 153, VIII) ou na prática de ato lesivo no art. 5º da Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013. Isso pode ser verificado no § único do artigo 161 do PL 1292/95, in verbis:

> **Art. 161.** .....
>
> Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos **VIII e XII do caput do art. 153 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de Programa de Integridade pelo responsável.** (grifos nossos)

Em que pese o aprimoramento da legislação em vários aspectos referentes ao *compliance*, algumas indefinições ou critérios "abstratos" trazem preocupação neste momento, em que é claro o esforço feito por órgãos de controle e pela própria Administração em coibir a corrupção pública.

Por exemplo, o PL 1292/95 define de maneira simples, apenas com base em valor, o que sejam licitações de grande vulto, conforme consta no artigo 6º, in verbis:

> **Art. 6º** Para os fins desta Lei consideram-se:
> .....
> XXII – **obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);**

Tal valor é considerado alto, não abarcando a maior parte dos processos licitatórios ocorridos na Administração Pública, o que traz questionamentos quanto à sua efetividade.

Além disso, o termo "*poderá*", encontrado no § 4º do artigo 24, demonstra a não-obrigatoriedade do Programa de Integridade, a partir do momento que deixa, a cargo da licitante, a inserção ou não desta exigência no edital do certame.

Cabe ainda ressaltar que a empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estão sob a égide da Lei 13.303/2016 e, portanto, com processo licitatório próprio, não incluso na lei

8.666/93 e também fora do PL 1292/95, também não possuem exigência para as empresas participantes de suas licitações.

Dados os recursos envolvidos em tais aquisições, torna-se importantíssimo, no nosso entendimento, a obrigatoriedade da incorporação de tal exigência pela Administração Pública. Contudo, há entendimentos de que os custos de implantação e manutenção dos programas de integridade podem inviabilizar a participação de várias empresas, especialmente as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como majorar os custos finais nos processos de aquisição de produtos e serviços.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta contra a corrupção passou a envolver toda a sociedade brasileira, que passou a perceber a necessidade de legislações mais duras, aos moldes do que foi e está sendo adotado por outras Nações, em especial aquelas sob a área de influência da OCDE.

No Brasil, passos importantes foram dados com a adesão às várias convenções internacionais de combate à corrupção destacando-se, dentre elas, a Convenção Anticorrupção da OCDE, que provocou várias alterações na legislação criminal do País, bem como fazendo surgir a Lei 12.846/2013, conhecida como a Lei Anticorrupção.

As compras governamentais ocorrem desde o Brasil Colônia, e a legislação que as regulamentam vem sendo continuamente aprimoradas, incorporando mecanismos de controle para minimizar desvios de conduta por parte de agentes públicos e privados.

É interessante destacar que, em caso de reabilitação do licitante ou contratado, na forma do artigo 161, mesmo que o processo licitatório inicial não contenha tal exigência, a empresa infratora terá de implantar ou ter implantado o programa de integridade, o que pode agilizar, de forma indireta, a o uso desta importante ferramenta.

O Projeto de Lei 1292/95, sobre a nova Lei Federal de Licitações, em tramitação na Câmara dos Deputados, já traz em seu bojo algumas referências ao Programa de Integridade, seja como exigência na habilitação de empresas, ou, mesmo como critério valorativo no julgamento de propostas, no caso de empate entre licitantes.

É crucial que a exigência do Programa de Integridade seja obrigatória nos editais que regulamentam as aquisições de produtos e serviços, sendo adotado não só pela União e por todos os entes federados, ainda que gradativamente, para que os recursos públicos envolvidos sejam efetivamente aplicados no bem-estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018. **Projeto de Lei 1292/1995**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposições Web/fichadetramitacao?idProposicao=16526.

BRASIL, 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL, 1993. **Lei 8666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/l8666cons.htm.Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL, 2013. **Lei 12.846, de 1° de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-

MAURANO, Adriana. **A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns.** ***Jus Navegandi.*** Publicado em fev. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/4879/a-instituicao-do-pregao-para-aquisicao-de-bens-e-contratacao-de-servicos-comuns Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

ZIADE, Danielle Farah. **O *Compliance* no Sistema Brasileiro Anticorrupção**. Sistema Anticorrupção e Empresa. Editora Plácido, 2018, pag. 296.