II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL II

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

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

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

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

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

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

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

---

D597
Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-163-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Empresarial. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos discutidos, no dia 08 de dezembro de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Empresarial II do II Encontro Virtual "Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. O GT, de coordenação dos trabalhos das Professoras Doutoras Renata Albuquerque Lima e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, que envolveu onze artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos fazem refletir sobre os impactos e os dilemas da atualidade, principalmente em períodos de pandemia, sobre o Direito Empresarial.

O primeiro artigo apresentado intitulado "O REGIME JURÍDICO ESPECIAL E TRANSITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS" de autoria de Andre Lipp Pinto Basto Lupi analisou a Lei 14.010, tendo esta trazido disposições específicas para o período transitório da pandemia do Covid-19 (RJET), tendo contribuído para uma maior segurança jurídica ao estabelecer critérios mais objetivos para as decisões judiciais.

O Artigo que trata do tema "O DECRETO 9.571/2018 DAS DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS E O DIREITO PENAL MODERNO", de autoria de Gregorio Menzel e Clayton Reis, tendo sido apresentado pelo primeiro autor, estudou o Decreto 9.571/2018 que versa sobre as Diretrizes Nacionais sobre Direitos Humanos e Empresas.

A temática sobre "O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE DEADLOCK - UMA ANÁLISE DA VIABILIDADE DA CLÁUSULA SHOTGUN NAS STARTUPS", tratado por Tiago Domingues Brito e Carlos Miguel de Meira, tendo sido apresentado pelo primeiro, analisou a viabilidade jurídica da aplicação da cláusula shotgun nas situações de deadlock ocorridas no âmbito das empresas startups.

Rodrigo Campos Hasson Sayeg apresentou a pesquisa intitulada "DA FIGURA DO CEO NARCISISTICO E SEU IMPACTO NO DIREITO SOCIETARIO BRASILEIRO", de sua autoria juntamente com Sergio Fernando Moro e Ricardo Hasson Sayeg. Tal pesquisa tratou sobre o CEO narcisista, seus impactos na empresa, bem como mostrou seus possíveis limites em razão da Lei de Sociedades Anônimas.

Bruna Araújo Guimaraes e Vinicius dos Santos Rodrigues apresentaram o estudo sobre "PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NA HOLDING FAMILIAR: UM ESTUDO A PARTIR DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO", tendo analisado que a holding tem sido adotada por empresas, em que seu objetivo é o controle do patrimônio de pessoas físicas de uma mesma família, fazendo com que os herdeiros domem a posição de sócios.

Alex Floriano Neto pesquisou sobre "O USO DE BIODIGESTORES NA EMPRESA RURAL: RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPRESÁRIO RURAL E SUSTENTABILIDADE", em que o mesmo abordou o uso de biodigestores para destinação adequada e sustentável dos resíduos sólidos gerados em atividades rurais, além da função social e da responsabilidade social do empresário rural nesse contexto.

O tema "DILEMAS CONTEMPORÂNEOS DA EMPRESARIALIDADE: PRODUTIVIDADE DOS NEGÓCIOS E HUMAN RIGHTS APPROACH NA PANDEMIA", de autoria de Pedro Durão e Juliana Araújo Pinto, sendo apresentado pela última autora, analisa a implementação de cultura de respeito, promoção e proteção dos direitos humanos no ambiente corporativo.

"EFEITOS DAS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO FUNDO DE INVESTIMENTO SOBRE A TITULARIDADE DE SEU PATRIMÔNIO" foi o tema da pesquisa de Rubia Carneiro Neves e Estela Sucasas dos Santos, sendo apresentada por esta, tratou sobre a titularidade do patrimônio do fundo de investimento – se deste, ou de seus investidores.

Dionis Janner Leal pesquisou sobre "COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL: DA MITIGAÇÃO DE RISCOS SANCIONATÓRIOS AO REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL", em que o mesmo analisou os contornos da Lei n° 12.846/2013 enquanto controle de integridade empresarial e requisito para contratação com o poder público.

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall apresentou o artigo intitulado "SOCIEDADES LIMITADAS: BREVE ANÁLISE SOBRE SEUS IMPASSES", de sua autoria conjuntamente com Veronica Lagassi e Paola Domingues Jacob, em que referido artigo analisou as nuances das sociedades limitadas refletindo sobre os avanços e retrocessos que experimentou ao longo desses mais de cem anos de existência no Brasil, desde a sua criação através do Decreto nº 3.708/1919 e sua posterior regulação pelo Código Civil.

E, por último, Luiz César Martins Loques apresentou a pesquisa sobre “A SUBMISSÃO DO DIREITO E DO ESTADO AO PODER ECONÔMICO: A PANDEMIA DA COVID-19 E A INTERPRETAÇÃO DO ART.421-A DO CC/02”, de sua autoria com Milena Zampieri Sellmann ressaltou sobre a necessidade dos contratos empresariais serem interpretados à luz da boa-fé objetiva e do controle dos efeitos externos, em que o art.421-A do CC/02 traz uma carga axiológica excessivamente liberal e não intervencionista, o que não coaduna com o cenário econômico atual diante da pandemia do COVID-19.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS e UVA

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Empresarial II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Empresarial ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL: DA MITIGAÇÃO DE RISCOS SANCIONATÓRIOS AO REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

CORPORATE ANTICORRUPTION COMPLIANCE: FROM THE MITIGATION OF SANCTIONAL RISKS TO THE REQUIREMENT FOR SUSTAINABLE PUBLIC CONTRACTING

Dionis Janner Leal

Resumo

O presente artigo aborda os contornos da Lei n° 12.846/2013 enquanto controle de integridade empresarial e requisito para contratação com o poder público. Como objetivos específicos, pretende-se apresentar os efeitos jurídicos da exigibilidade como requisito de habilitação e os efeitos de mitigação de riscos de atos corruptivos perante a Administração Pública realizada por empresas privadas. Buscou-se pelo método dedutivo e com atécnica de pesquisa bibliográfica, trazer para o debate que a não utilização do compliance e à ausência de gestão de riscos contribuem para erros (ilícitos) e a consequente responsabilização empresarial por atos de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Compliance, Contratação pública, Programa de integridade, Riscos, Responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses the contours of Law n° 12.846/2013 as a control of business integrity and a requirement for contracting with the government. As specific objectives, it is intended to present the legal effects of enforceability as a qualification requirement and the effects of mitigating the risks of corrupt acts before the Public Administration carried out by private companies. It was sought by the deductive method and with bibliographic research technique, to bring to the debate that the non-use of compliance and the absence of risk management contribute to (illicit) and the consequent corporate responsibility for acts of administrative improbity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance, Public procurement, Integrity program, Scratchs, Responsibility

1 INTRODUÇÃO

Com o intuito de cercar os meios corruptivos nas contratações públicas, foi instituída a Lei n° 12.846, de 01 de agosto de 2013, que introduziu no Brasil a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra o Poder Público, seja ela nacional ou estrangeira, a fim de combater os efeitos de corrupção.

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

A partir da edição da Lei n° 12.846/2013, a responsabilidade poderá ser imputada à atividade empresarial quando seus dirigentes e colaboradores praticarem atos de suborno, fraude e corrupção, o que pode lhe causar prejuízos financeiros, suspensão e encerramento de atividades e aplicação de sanções como multa e impedimentos de contratar com órgãos públicos.

O presente artigo tem como objetivo geral abordar os contornos da Lei nº 12.846/2013 quanto à mitigação de riscos de sanções a organizações privadas quando possui vínculo negocial com o Poder Público. Na sequência, aborda-se o *Compliance* como requisito para contratação, a partir da análise de sua regulamentação pelo Decreto nº 8.420, de 2015, expondo os efeitos jurídicos de tal exigência e sua constitucionalidade como requisito de habilitação ou não, a fim de atenuar os efeitos de atos corruptivos perante a Administração Pública, quando realizada por empresas privadas que visam angariar lucros por intermédio de contratos públicos. Como objetivos específicos, abordar as sanções de maior risco e impacto a empresas privadas, a responsabilidade objetiva e subjetiva. Buscou-se pelo método dedutivo e com a técnica de pesquisa bibliográfica, com base na doutrina, na lei e artigos, abordar a regulamentação dos programas de integridade de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e seu decreto regulamentador.

2 ASPECTOS DAS RESPONSABILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Combater a corrupção na Administração Pública é o objetivo da Lei n° 12.846/2013, apesar de ser difícil conceituar o termo corrupção porque não há um consenso doutrinário ou

popular, e que "pode englobar uma série de atos, que podem compreender" a fraude, ganho ilícito, suborno, clientelismo, falsificação, dentre outros (GABARDO, 2017, p. 130).

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

> [...] qualquer tentativa de conceituar a corrupção, em razão da sua capacidade de afetar os mais diversos segmentos da sociedade [...] e de assumir as mais variadas formas jurídicas, tornar-se-ia excessivamente ampla, o que resultaria na inclusão de ilícitos estranhos ao tema, ou resultaria excessivamente estreita e importaria na exclusão de manifestações ou comportamentos importantes para o enfrentamento da questão (2015, p. 39).

Não obstante da impossibilidade de conceituar corrupção na doutrina, a legislação penal brasileira o fez para tipificar a corrupção ativa e passiva nos artigos 317[1] e 333[2], respectivamente, ambos do Código Penal brasileiro.

Ademais, o objeto juridicamente tutelado pela Lei nº 12.846/2013 é mais abrangente que um ato de corrupção ativa, se comparado ao disposto no Código Penal, incluindo a Administração Pública nacional e estrangeira, tratando-se não de uma Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) , rotulação que apequena o real conteúdo da norma, mas sim de Lei de Probidade Administrativa Empresarial (LPAE), uma vez que inexiste um conceito jurídico de corrupção (ZOCKUN, 2018, p. 16).

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

A Lei arrola os atos lesivos[3] à Administração Pública em seu artigo 5°, bem como dispõe em seu artigo 30 que as sanções decorrentes de responsabilização desta Lei não afetam

---

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

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

[3] Lei 12.846/2013. [...] Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º , que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

processos inerentes à atos de improbidade administrativa e crimes licitatórios, conforme regula a legislação específica.

Essa disposição legal pode gerar problemas de *ne bis in idem*, isto é, de responsabilizar por improbidade e crimes licitatórios o mesmo autor do ato ilícito administrativo, o que "suscitaria a atuação simultânea de múltiplas instituições, o que enseja um cenário de incerteza e insegurança jurídica", não parecendo "legítima a previsão de sanções de natureza penal para pessoas físicas e de sanções de natureza civil e administrativa para pessoas jurídicas, em virtude de uma mesma conduta ilícita" (BAZO, 2020, p. 175).

A pessoa jurídica poderá responder objetivamente pela LA e subjetivamente pela Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), por exemplo, tendo em vista seu artigo 3° alcançar "tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas" [...] pois visa "tutelar a probidade administrativa em face de quem quer que seja" (PEDRA, 2019, p. 119).

Apesar da controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade da responsabilidade objetiva em lei infraconstitucional, não se apresenta este estudo atentar para esse ponto, contudo, remete-se ao leitor o estudo contributivo de Harger[4].

Importante esclarecer que o comando do artigo 3°[5] da Lei n° 12.846/2013 não exclui a responsabilidade individual de dirigentes, administradores ou colaboradores da empresa, cuja responsabilidade é autônoma e subjetiva[6], ou seja, exige-se prova de dolo ou culpa para apurar sua responsabilidade, independentemente da responsabilização da pessoa jurídica a qual pertence.

Parte da doutrina afirma que a aplicação de responsabilidade à pessoa física que pratica o ato lesivo, que age em nome da organização privada, é aplicável às sanções de penas de multa (artigo 6°, inciso I), perdimento dos bens (artigo 19, inciso I) e ser impedida de celebrar contratos (artigo 19, IV), como medida sancionatória (SANCHES, 2020, p. 51).

---

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. [...]

[4] De acordo com Hrager, a regra é "da responsabilidade subjetiva, e não o contrário. Só se deve reconhecer como válidas as exceções à culpa subjetiva em situação em que o Estado indeniza sem perquirir a culpa [...]" (HARGER, 2017, n.p.).

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

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

A partir de uma leitura apressada do artigo 3° da LA poder-se-ia interpretar que haveria sanção direta à pessoa natural, o que não é uma intelecção válida da norma, tendo em vista o seu artigo 1° referir-se exclusivamente às pessoas jurídicas. Não quer isso dizer, entretanto, que a pessoa natural não possa ser responsabilizada no âmbito da Lei Anticorrupção, na hipótese indireta, isto é, mediante desconsideração da personalidade jurídica a fim de alcançar a responsabilidade da pessoa natural, da leitura do parágrafo único[7] do seu aludido dispositivo legal.

Considera-se que a atribuição de responsabilidade à pessoa natural (dirigentes e administradores da pessoa jurídica), está ditada no artigo 14[8] da Lei n°12.846/2013, pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mas a eles limitando-se, não se estendendo a outras pessoas sem poderes de direção ou administração e sem vínculos com a pessoa jurídica.

Nessa linha, parte da doutrina entende que é alcançável as sanções de multa, perdimento de bens e impedimento de contratar – como outrora mencionado – não diretamente, mas por extensão, mediante o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (OLIVEIRA, 2018, p. 39).

Por outra via, Sanches contribui para o debate ao mencionar que, segundo parcela da doutrina, pelos parágrafos do artigo 2° da Lei Anticorrupção "essas pessoas são sujeitas a responsabilidade individual por seus atos, mas por outras vias legais, como a penal [...]" o que não lhe faz parecer ser o melhor entendimento, tendo em vista ser "desnecessária essa previsão no texto da Lei Anticorrupção" (2020, p. 52).

Nessa mesma linha, Garcia prescreve que:

> Não nos parece defensável a tese que a LRPJ, ao referir-se à responsabilização dos terceiros, estaria fazendo referência a outro sistema que sequer preocupou-se em declinar. Em verdade, ao ressaltar que tal responsabilização levaria em conta a culpabilidade de cada qual, nada mais fez que estabelecer uma sistemática específica para a aplicação do processo sancionador que veicula (2016, p. 41).

---

[7] Assim dispõe a Lei 12.846/2013 acerca da responsabilidade à pessoa jurídica: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

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

A interpretação da responsabilização individual de dirigentes, administradores e colaboradores de empresa ímproba pela Lei n° 12.846/2013, salvo o disposto no seu artigo 14, não merece guarida, uma vez que estar-se-ia contemplando possível dupla sanção (*ne bis in idem*[9]), considerando que existem outros sistemas de responsabilização, até porque o aludido dispositivo legal "não cria nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização, nem tampouco qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os sistemas de responsabilização" (OLIVEIRA, 2018, p. 49).

Um exemplo facilita a compreensão. Em situação hipotética onde um colaborador de determinada empresa oferece vantagem indevida para um agente político a fim de facilitar o êxito ou beneficiar a empresa em determinada concessão pública. A empresa responderá objetivamente pelo ilícito praticado perante a Administração Pública com base na Lei n° 12.846/2013 (sanções do artigo 5°) o colaborador por fraude, improbidade administrativa e corrupção nos termos da Lei n° 8.666/1993, Lei n° 8.429/1992[10], e Código Penal, respectivamente, e o agente político por improbidade administrativa e corrupção, pela Lei n° 8.492/1992 e Código Penal, respectivamente.

Nesse cenário, como poderia responsabilizar o colaborador da empresa pela Lei Anticorrupção se esta visa responsabilizar a pessoa jurídica? Excetuado no caso de desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização da pessoa natural não é adequada pela via da Lei Anticorrupção, mas será operada a partir de outros sistemas punitivos, se o fato acarretar infrações à Lei n° 8.666/1993 e à Lei n° 8.429/1992, por exemplo, conforme se apresentar o caso concreto.

Existe a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a responsabilidade subjetiva da pessoa física, independentes entre si, mantido o entendimento de que a "Lei n° 12.846/2013 não implicou a objetivação geral e irrestrita da responsabilidade administrativa individual deflagrada sobre as condutas ilícitas que se reputam atos lesivos" (OLIVEIRA, 2018, p. 52).

Essa cumulatividade de sanções por sistemas distintos reitera a possibilidade de ocorrer *no bis in idem*, mas a norma regulamentadora da lei, em seu artigo 12, prevê que

---

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

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

ocorrendo apuração concomitante com crimes licitatórios previstos na Lei n° 8.666/1993 e a Lei n° 12.846/2013, o julgamento deverá ser em conjunto. Nessa linha, Di Pietro prescreve que:

> [...] embora prevista na lei, deve ser interpretada com muita cautela para evitar o bis in idem, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato, principalmente no caso de haver afronta concomitante à lei anticorrupção e à lei de improbidade administrativa. [...] normas sobre licitações e contratos da administração pública, que também sejam tipificados como atos lesivos à lei anticorrupção, o artigo 12 do Regulamento (Decreto nº 8.420/15) determina a apuração e julgamento conjuntos nos mesmos autos (~~DI PIETRO~~, 2020, n.p).

Apesar de não superada a discussão doutrinária, tem-se presente a responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva ditadas pela Lei n° 12.846/2013 em face de atos praticados pela pessoa jurídica e por pessoa natural que age em benefício daquela.

3 *COMPLIANCE* COMO MEIO DE MITIGAÇÃO DE RISCOS E EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADES

A Lei Anticorrupção ao abordar as responsabilidades e sanções também previu a dosimetria da sanção a ser aplicada no caso concreto, quando em seu artigo 7°, inciso VIII, faz alusão à existência de "mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica", o que ressalta a importância de um mecanismo de *compliance* implementado no âmbito da pessoa jurídica que venha a se relacionar com o Poder Público.

A lei foi regulamentada pelo Decreto n° 8.420/2015, de aplicação no âmbito da esfera federal, onde estabeleceu os requisitos de um programa de integridade[11] (*compliance*), dentre

[11] Dispõe o artigo 42 do Decreto 8.420/2018: Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou

os quais a existência de análise de riscos, e que apesar de sua exigibilidade não ser compulsória é estimulada, e serve como requisito de reabilitação de empresas declaradas inidôneas de que trata a Lei 8.666/93[12], nos termos da Portaria 1.214/2020 da Controladoria Geral da União (CGU), instituindo a "adoção de medidas que demonstrem a superação dos motivos determinantes da punição, o que inclui a implementação e a aplicação de programa de integridade" (CGU, 2020), nos termos do seu artigo 2°, inciso III, nos parâmetros estabelecidos pelo art. 42 do Decreto nº 8.420/2015.

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

Na mesa linha, o próprio Decreto regulamentador, nos termos do seu artigo 18, inciso V[13], estabelece que a sanção de multa deverá ser atenuada se houver comprovação da aplicação de um programa de integridade pela pessoa jurídica sancionada, o que reforça o papel da norma em estimular uma cultura de integridade no âmbito das organizações privadas.

Para a implementação de um programa de integridade (*compliance*) anticorrupção que atenda à legislação em vigor pelas pessoas jurídicas privadas, é necessário atender além das diretrizes da lei e seu regulamento também a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, que estabelece critérios para a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas.

O conceito etimológico de *compliance* tem origem no verbo *to comply*, que em tradução literal é "agir de acordo" com regra ou comando ou ordem e, numa evolução do termo,

---

ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

[12] A Lei 8.666/1993 estabelece em seu artigo 87, inciso IV: Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

[13] Dispõe o Decreto 8.420/2015: Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: [...] V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

no âmbito corporativo ou institucional, o *compliance* passou a identificar as ações corporativas que estejam de acordo com as regras internas, legislação e procedimentos que dizem respeito à regulação de determinada atividade empresarial (TOMAZ, 2018, p. 26).

O *compliance* está conceituado no artigo 41 do Decreto n° 8.420/2015, onde o dispositivo legal prescreve que:

> [...] 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.

Na lição da doutrina, temos a contribuição de Frazão, que conceito *compliance* como:

> [...] conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade" (2007, p. 42).

Um ponto importante do programa de integridade é a avaliação de riscos, como estabelece o artigo 42, inciso V, do Decreto n° 8.420/2015, como um dos parâmetros a serem observados, que diz respeito às ameaças ou incertezas[14]. Nessa linha, conforme Rodrigues:

> A avaliação de riscos do programa de *compliance* foca principalmente as ameaças potenciais relacionadas ao descumprimento de legislação, políticas, código de ética ou conduta – o que poderia levar a multas ou penalidades e danos à reputação. O desenho de um programa de *compliance* obrigatoriamente passa pela identificação dos principais riscos relacionados aos negócios, às leis e regulamentações necessárias, para que a partir de então possa definir, desenvolver os elementos de *compliance* relacionados àquele risco (2020, n.p.).

Observe-se que os riscos de fraude, corrupção ou danos ambientais, por exemplo, são distintos em cada organização, mesmo que pertencentes ao mesmo ramo de atividade, podendo ser identificados conforme as peculiaridades da organização, além de ser a análise de riscos essencial para a implementação e boa execução de um programa de integridade (CASTRO; GONÇALVES, 2018, p. 49).

No caso de pessoas jurídicas responsabilizadas por atos lesivos contra a Administração Pública, sua análise de riscos não prescinde em atentar para as regras legais estabelecidas na

[14] O termo risco é proveniente da palavra *risicu ou riscu*, em latim, que significa ousar (to dare, em inglês). Costuma-se entender "risco" como possibilidade de "algo não dar certo", mas seu conceito atual envolve a quantificação e qualificação da incerteza3 , tanto no que diz respeito às "perdas" como aos "ganhos", com relação ao rumo dos acontecimentos planejados, seja por indivíduos, seja por organizações (IBGC, 2015, p. 11).

Lei n° 12.846/2013, como atos corruptivos e lesão ou fraude a processos licitatórios, o que reflete em sanções em outras esferas, como crimes licitatórios e improbidade administrativa.

Os riscos inerentes às pessoas jurídicas que possuem vínculo com a Administração Pública são contínuos, não se limitando à fase que antecede a assinatura do contrato (procedimento licitatório) com o órgão público, mas também durante a sua execução. Em razão de normas inerentes à gestão e fiscalização de contratos, como os direitos relacionados ao pedido de equilíbrio econômico-financeiro e/ou revisão de preços ou reajuste, previstos na Lei n° 8.666/1993, os riscos identificados poderão prever eventuais condutas desabonadoras da integridade da empresa por intermédio de seus dirigentes, administradores ou colaboradores, a fim de levar alguma vantagem indevida, como reajuste diverso de índices oficiais ou impedir determinada sanção por inexecução parcial do contrato e assim por diante.

Para a gestão de riscos há vários *standards*[15], como a norma ISO 31000/2018, que fornece princípios e diretrizes gerais de gestão de riscos aplicadas a qualquer empresa ou setor (ABNT, 2019, on-line), bem como o ERM COSO (Enterprise Risk Management – Gestão de Riscos Corporativos), que é uma metodologia criada para identificar riscos gerais da organização (GIOVANINI, 2014, p. 62).

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

Para o presente estudo, é importante trazer um comparativo entre lesões praticadas decorrentes de atos inerentes a licitações e contratos previstos na Lei Anticorrupção e aqueles previstos na Lei 8.666/1993, como frustração em procedimento licitatório.

A frustação ou a fraude em procedimento licitatório está previsto no artigo 5°, IV, *a*[16], da Lei n° 12.846/2013, assim como no artigo 90[17] da Lei n° 8.666/1993, ensejando responsabilização aqueles que, na medida de sua participação (pessoa jurídica e/ou física),

---

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

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

[17] Lei 8.666/1993: Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: [...]

violar o preceito legal, isto é, à pessoa jurídica a responsabilidade objetiva (artigo 2°, LA), e à pessoa física a responsabilidade subjetiva (artigo 3° parágrafo único, LA), exigindo-se neste caso que o dolo e a culpa sejam comprovados.

São causas comuns de violação aos dispositivos legais em comento o sobre-preço, direcionamento da licitação, cobertura ou rodízio de empresas e empresas coligadas em grupos econômicos (SANCHES, 2020, p. 68), e, se houver agente público na participação do ilícito, serão autuados a empresa e seus colaboradores (responsabilidade subjetiva), se for o caso, nas sanções da improbidade administrativa (artigo 3°[18], LIA) por frustrar a licitude do procedimento licitatório (artigo 10, VIII[19], LIA).

No caso de fraude ou frustração de procedimento licitatório, para que o crime previsto no aludido dispositivo da Lei n° 8.666/1993 se concretize é "suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos", não havendo necessidade de frustrar ou fraudar por completo (eficácia) do certame público (JUSTEN FILHO, 2016, n.p.), ou seja, é suficiente quando ocorrer a exclusão de um licitante ou ajuste prévio à sessão pública entre os licitantes.

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

> [...] a incidência do art. 10 da LIA depende necessariamente da efetiva comprovação da lesão ao patrimônio público econômico (erário), sendo certo que, nas hipóteses exemplificativamente arroladas nos incisos da referida norma, a lesividade é presumida (NEVES, 2020, n. p.)

Na mesma linha, a jurisprudência do STJ:

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

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

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

Outrossim, a conduta tipificada na LIA abrange não apenas o procedimento prévio à contratação (licitação), mas também o contrato, convênio, além da contratação direta (PEDRA, 2019, p. 223).

Percebe-se, pois, nos termos da legislação mencionada, que as condutas praticadas pelas pessoas jurídicas por intermédio de seus agentes e que causem lesão à Administração Pública – mesmo que presumidos – podem ter inúmeros desdobramentos, e devem ser pauta de atenção nas tomadas de decisões empresarial, quando se tem como meta a manutenção de vínculos com órgãos públicos, a fim de mitigar riscos e atenuar responsabilidades que lhe possam ser imputados pela prática de atos – dolosa ou culposa – no desempenho de suas atividades.

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

4 EXIGIBILIDADE DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE (*COMPLIANCE*) COMO REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

A doutrina corrobora com o entendimento da Controladoria Geral da União (CGU), que o programa de *compliance* "seria um gênero do qual o programa de integridade, previsto na Lei Federal 12.846/2013, constituiria espécie" (SCHRAMM, 2019, p. 165), vem denominando as exigências da Lei n° 12.846/2013 como programas de *compliance*, apesar da omissão legislativa nesse sentido. Apesar do conceito de programa de integridade ou *compliance* não haver um entendimento pacífico, tem-se utilizados como sinônimos (SCHRAMM. 2019, 165).

Para a CGU, "programa de integridade é um programa de *compliance* específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na Lei n° 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público" (CGU, 2015).

O *compliance* que diz respeito à integridade está intrinsicamente ligada ao desenvolvimento sustentável[20] por inúmeras razões, dentre as quais, "a sustentabilidade deve

[20] Sobre o tema, leia-se: BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Exigibilidade Constitucional da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, 6 (1), 98-118, 2020.

ser analisada de forma holística, inclusive, de acordo com os ditames da integridade" (CASTRO, 2019, p. 29).

Apesar da inexistência de entendimento pacífico na doutrina, a exigência legal é da existência de programas de integridade como condição para participação em processos licitatórios do poder público.

É a adoção de procedimentos e mecanismos que visam garantir e ampliar a conformidade da empresa às normas e regulamentos que disciplinam a participação em contratos públicos (SCHRAMM, 2019, p. 167), isto é, às leis vigentes de licitações e contratos administrativos, aí incluídos os regulamentos e normativas de cada esfera governamental.

Como mencionado alhures, a gestão de riscos e o sistema de gestão antissuborno, respectivamente, que são objeto de normas técnicas, ISO 31000:2018 e ISO 37001, respectivamente, são atributos implícitos do decreto regulamentador a fim de implementar um programa de integridade.

A legislação não obriga que as empresas cumpram os requisitos da lei como diretriz ou mediante certificação as aludidas normas técnicas, mas pode a empresa tomá-la como base. Nesse sentido, Benoite Frydman adverte quanto à legitimidade das normas técnicas, prescrevendo que elas possuem "caráter puramente voluntário e consensual" e "não trariam problema de legitimidade, desde que ninguém fosse obrigado a segui-los, ao contrário, pertence a cada um decidir livremente e positivamente adotar e respeitar um *standard"* (FRYDMAN, 2018, p. 82). Ainda, que "não é preciso tratar o *standard* como uma fonte formal do Direito, que ele não é, mas considerar mais, de um ponto de vista pragmático, os efeitos de regulamento que ele produz" (FRYDMAN, 2018, p. 83).

Logo, sendo inexigíveis as normas técnicas para fins de atender aos mecanismos que a legislação ora em comento estabelece, as empresas, na prática, buscarão se valer dessas diretrizes normativas para assegurar que os procedimentos adotados atendem a uma norma que possua um padrão e sejam reconhecidas por outras empresas e "passam a ter maior poder de competitividade no mercado externo" (FOIATTO, 2018, p. 43).

Outrossim, inexiste obrigatoriedade para que seja implementado um programa de integridade pelas empresas como requisito compulsório. Para Renne do Ó Souza:

> Embora o debate acerca dessa questão seja intenso, o compliance parece tangenciar a polêmica na medida em que não é, essencialmente, obrigatório e, uma vez adotado, estimula que a empresa e as pessoas que a compõem adotem comportamentos lícitos, éticos e probos. Mas o estímulo é meramente proemial. Não há coerção ou punição para o descumprimento da norma que cria o compliance (2017, p. 140).

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

> [...] fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude. (CGU, 2018?)

Ademais, ter o programa de integridade da empresa com aprovação da CGU "não se propõe a listar as empresas 'mais éticas do país'", e também não é uma certificação e não gera quaisquer benefícios ou privilégios para as empresas em suas relações com o setor público" (CGU, 2018?).

Todavia, a exigência compulsória é indireta – ou motivada –, uma vez que a Administração Pública vem a exigir como condição de contratação ou manutenção de contrato administrativo a implementação de programa de integridade efetivo.

Poder-se-ia cogitar que a lei exige apenas em relação a contratos firmados, e não à ata de registro de preços que não originam contratos, por ser dispensado quando se trata de bens de entrega imediata, nos termos do §4°, do artigo 62 da Lei 8.666/93.

Marçal Justen Filho em comentário ao dispositivo legal em apreço, corrobora com esse entendimento, quando alude que o instrumento de contrato é dispensado, quando ocorrer compra com entrega imediata, prescrevendo que:

> [...] a compra com entrega imediata não se confunde com aquela cujo prazo é reduzido (trinta dias, por exemplo). A regra aplica-se ao caso de entrega incontinente, em que a execução do contrato se segue imediatametne após a contratação (2016, on-line)

Na mesma linha, Sidney Bittencourt acrescenta que "o dispositivo está intimamente ligado a bens que poderão ser recebidos com imediata conferência e atestado de recebimento" (2016, p. 588). Por sua vez, Torres prescreve que nos casos de

> compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restam resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente de valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo (2018, p. 699).

Apesar de exigências legais, questiona-se em que momento é permitido exigir do empresário que contratará com o poder público a comprovação do atendimento dos requisitos legais de integridade. Observa-se que nem a Lei n° 12.846/2013 e o seu regulamento, o Decreto n° 8.420/2015, disciplinaram a possibilidade de exigir programa de integridade nos processos de contratação pública, assim como a Lei n° 8.666/1993 também não elegeu como requisito condicionante a participação de empresas nos certames públicos (GUIMARÃES, 2018, p. 211).

O artigo 3° da Lei n° 8.666/93 estabelece o princípio constitucional da isonomia como de observância obrigatória nos certames públicos, a fim de garantir a competitividade entre os concorrentes que visam entregar a proposta mais vantajosa para a Administração. Assim,

> [...] toda e qualquer exigência dessa ordem deve encontrar fundamento normativo e guardar pertinência e relevância com o fim pretendido. Isso vale tanto para os requisitos relacionados com a proposta (solução) como para aqueles adstritos às condições pessoais do interessado (condições de participação e requisitos de habilitação). O programa de integridade não está relacionado com a solução/produto que será ofertada/ofertado na proposta de negócio da Administração Pública, mas sim com as condições pessoais do interessado. (GUIMARÃES, 2018, p. 213).

Para Guimarães, portanto, a exigência "é plenamente possível o seu acolhimento pelos sistemas de licitação e de contratos administrativos, seja como fator de pontuação de propostas técnicas, seja como requisito de habilitação e condição para a celebração do contrato" (GUIMARÃES, 2018, p. 215).

A doutrina, em especial a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é firme em esclarecer que os requisitos de habilitação têm rol taxativo, não podendo a Administração inovar e exigir além do que estabelece a legislação.

> É ilegal a exigência de certificações como critério de habilitação, uma vez que tais documentos não estão previstos no rol exaustivo contido no art. 30 da Lei 8.666/1993. Não obstante, é lícita a inclusão dos resultados esperados na especificação técnica dos serviços a serem realizados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR, para fins de acompanhamento da execução contratual. Acórdão 3663/2013-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER (TCU, 2013, on-line).

Como se percebe, a exigência como requisito de habilitação, sem alteração legislativa, não é permitida, podendo, no entanto, a Administração Pública exigir como condição para contratação.

Não obstante a exigência legal, as limitações constitucionais e legais existentes no sistema jurídico brasileiro a fim de que se possa viabilizar a exigência de programas de integridade como requisito de habilitação não é uma solução jurídica viável (SCHRAMM, 2019, p. 327).

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

Ainda, pouco é sabido de como efetivamente pode ser comprovada a implementação pelo licitante de um programa de integridade exigido pela lei, pois não há parâmetros

estabelecidos para que o agente público possa confirmar a existência de conformidade ética por parte da empresa concorrente. É necessário criar normas infralegais ou orientações normativas a fim de regulamentar a matéria e estabelecer critérios objetivos.

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

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

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação federal trouxe inovações de combate à corrupção a fim de exigir daqueles com quem pretende a Administração Pública ter vínculo contratual garantir um vínculo ético e íntegro por parte dos seus fornecedores.

Todavia, as exigências não são compulsórias, mas facultativas para o mercado privado, exigindo-se apenas daqueles que celebrarão contrato administrativo, por expressão omissão legislativa nas normas gerais de contratação pública, que implementem programas de integridade a fim de manter contratos ou celebrar novos com a Administração Pública.

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

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

O presente estudo trouxe argumentos para demonstrar que, se bem aplicados, o *compliance* contribuem para a mitigação de riscos de responsabilização dos dirigentes e

empresas, evitando responsabilização por atos lesivos ao patrimônio público e imputação por crimes ou sanções por atos de improbidade administrativa.

Os objetivos traçados na introdução evidenciaram no desenvolvimento do trabalho que o *compliance* e a gestão de riscos são instrumentos hábeis dirigente e administradores de empresas para o saneamento de falhas irregulares e ilegais e que o uso dessas ferramentas pode evitar condutas geradoras de responsabilização, contribuindo para a integridade da atividade econômica que implementou uma programa de *compliance* nos termos da legislação vigente.

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

6 REFERÊNCIAS

ABNT. **Gestão de Riscos.** Disponível em: http://www.abnt.org.br/imprensa/releases/5753-lancada-a-nova-versao-da-norma-iso-31000-gestao-de-riscos Acesso em: 09 set. 2019.

BAZO, Andressa Loli. Lei anticorrupção: direito administrativo sancionador e sua interface com o direito penal. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** Vol. 1. p. 165-184. Jan-Mar. 2020. Online. Acesso em 08 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 12.846/2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto n° 8.420/2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. **Decreto n° 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em 14 ago. 2019.

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

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

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

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1295/1995.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526 Acesso em: 25 jul. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade. Diretrizes para empresas privadas**. Brasília: CGU, 2015. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf . Acesso em: 24 jul. 2019.

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

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

FOIATTO, Ana Regina. Relulamentação internacional e brasileira do compliance. In: TOMAZ, Roberto Epifanio. **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

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

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

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

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C* – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano

15, n. 60, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236188>. Acesso em: 24 jul. 2019.

GARCIA, Emerson. A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a lei de improbidade administrativa. In: **Cadernos FGV Projeto/Lei Anticorrupção: transparência e boas práticas.** Abril 2016, Ano 11. N°27. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/caderno_lei_anticorrupcao_site.pdf. Acesso em 08 ago, 2020.

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

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

HARGER, Marcelo. A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura.** Vol. 2, p. 99 a 110, Jul-Set 2017. Online. Acesso em 08 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos.** São Paulo: IBGC, 20017. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/22121/Orienta%c3%a7%c3%b5es%20sobre%20Risco%20cad3.pdf. Acesso em 09 set. 2020.

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

LEAL, Dionis Janner. Accountability no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias.** Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf. Acesso em 12 set. 2020.

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

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

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

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

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

SOUZA, Renee do Ó. O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249360>. Acesso em: 24 jul. 2019.

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

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n° 2197/2007**. Relator Augusto Sherman. DJ: 17/10/2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc Acesso em: 25 jul. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n° 3663/2013**. Relator Marcos Bemquerer. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/5/sinonimos%3Dtrue?uuid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc Acesso em: 25 jul. 2019.

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

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

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