

## 1. Introdução

Nos últimos anos o Brasil vem passando por uma onda de descoberta de atos ímprobos, relacionados a uma teia de condutas delitivas, no âmbito dos gastos do Poder Público, com as contratações mediante licitações fraudulentas, pagamento de propinas, atos de corrupção, de todas as espécies, e a utilização de recursos desviados no financiamento de grupos políticos, o que tem assolado o país e requerido máximos esforços das autoridades responsáveis pelo combate dos atos da administração pública.

O evento conhecido no país como “lava jato” despertou para a necessidade de mantermos maior controle dos atos de contratação do Governo, identificando, como se costuma mencionar, o maior esquema de desvio de verbas públicas já existentes na nação, o qual envolveu diversos grupos políticos, não apenas para o enriquecimento ilícito dos agentes envolvidos em detrimento do prejuízo ao erário, mas, também, para o financiamento de ideologias políticas.

Neste diapasão, diversas medidas anticorrupção têm sido estudada pelos especialistas do assunto, que tenha o caráter não apenas repressivo, mas, ainda, preventivo, de forma que se identifique possíveis condutas capazes de gerar prejuízos para a administração pública, com o favorecimento de grupos políticos ou empresariais, sempre objetivando o manuseio racional e eficiente dos recursos dos recursos públicos em prol do bem coletivo.

Neste desiderato, uma boa política de ética, governança corporativa, transparência e compliance, por parte do particular em contratação com o Poder Público, tem se tornado um excelente instrumento auxiliar no controle dos atos da administração pública, competindo à iniciativa privada, em parceria com a administração, a aplicação de políticas de conformidade e anticorrupção no âmbito empresarial, de forma complementar às Controladorias, aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público.

O termo Compliance tem origem no dicionário inglês, equivalente à expressão conformidade, advindo do verbo comply, que significa agir de acordo com a regra, ou seja, estar em conformidade com os ditames legais e regulamentares, internos e externos, e a prática surgiu da necessidade empresarial de manter maior controle e observância das orientações normativas, em busca da excelência no processo de gestão, tudo de forma a prevenir possíveis desconformidades.

Neste espeque, o presente artigo acadêmico visa demonstrar a possibilidade do compliance, como instrumento que objetiva a excelência na gestão e a obediência aos ditames legais e regulamentares, ser admitido, no âmbito da administração pública, como instrumento

auxiliar de controle e prevenção dos atos de improbidade administrativa e no combate aos crimes contra a administração pública.

Para tanto, a metodologia empregada na elaboração do artigo científico é o acompanhamento da evolução do estudo do compliance, desde a origem, sua evolução e atual aplicabilidade, através da análise do direito estrangeiro, de forma comparada, da doutrina existente, e da sua importação para o cenário nacional, indicando legislações existentes em algumas unidades da federação que tem reconhecido o instituto como elemento auxiliar no combate aos atos ilícitos.

Destarte, demonstraremos, no presente estudo técnico, a possibilidade de tornar obrigatória uma boa política empresarial de ética, transparência, governança corporativa e compliance, que vise a prevenção de ilegalidades na contratação com o Poder Público, como o mais modernos e adequado instrumento de combate aos atos improbidade administrativa, no âmbito das contratações do Poder Público.

## **2. Um Breve Escorço Histórico sobre o Compliance**

Como mencionado alhures, as políticas de aplicação de conformidade, integridade e compliance são institutos recentes, iniciados no século passado, notadamente nos Estados Unidos, como forma de dotar de maior rigidez e segurança os atos empresariais das multinacionais, em busca da eficiência, do cumprimento da legislação e buscando a diminuição dos riscos empresariais.

Estudiosos apontam a Conferência de Haia, em 1930, como o marco inicial das medidas de conformidade, com a instituição do Bank of International Settlements, com sede na Suíça, que teve por objetivo conduzir a cooperação coordenada entre os Bancos Centrais e reduzir os riscos, trazendo segurança para as atividades. Como se observa, a atividade bancária e a preocupação na licitude da circulação de riquezas pelas nações originaram a necessidade de maior controle das operações pelo mundo.

Na década de 60, a Comissão de Valores Mobiliários Americana – Security Exchange Comissions (SEC) -, orientou a contratação de programas de compliance officers em vista da necessidade de criar um padrão de procedimento interno de controle, treinamento, monitoramento e supervisão de atividades que demonstrassem indícios de ilegalidades, a ser seguido por empresas que negociassem suas ações nas bolsas de valores americanas.

A partir de então, a aplicação, pela iniciativa privada, de eficientes técnicas de ética, transparência, governança corporativa e compliance, como políticas internas de prevenção aos

desvios de conduta e corrupção, tem se demonstrado um eficiente instrumento de controle de legalidade dos atos da administração pública. A institucionalização em solo Americano tem origens e aplicação desde o “Foreign Corrupt Practices Act”, de 1977 nos Estados Unidos, como um pacote de políticas públicas de combate a corrupção, determinando que as empresas mantivessem um sistema adequado de controle interno.

Em 1988, com uma série de escândalos financeiros em “wall street”, tais como o caso Madoff e Siemens, os Estados Unidos consagraram acentuadas medidas de monitoramento financeiro, através do “insider trading and Securities enforcement Act”, exigindo maior rigor das empresas que operavam suas ações no mercado financeiro americano, o que estabeleceu a necessidade de fortes medidas empresariais de minimização dos riscos.

Observamos uma conjugação de fatos isolados e independentes, inclusive, efetivado em tempos diversos, os quais somados foram traçando a necessidade empresarial de fomentar maior controle dos atos, com a finalidade de promover adequação aos ditames legais e efetivar uma gestão de qualidade, diminuindo o impacto negativo de possíveis medidas contrárias à legislação.

Na China, a título de curiosidade, a troca de presentes entre trabalhadores de empresas, nas contratações, é prática corriqueira e admissível, no entanto, a fim de evitar que tal conduta desvirtue e possa cobrir subornos e corrupções, deve-se ter cautela para que a graça seja feita de forma transparente, despretensiosa e com o conhecimento do setor de Compliance, medidas essenciais para inibir práticas delituosas no âmbito das corporações.

Na Rússia, por sua vez, uma política acirrada de medidas anticorrupção foi intensificada a partir do ano de 2018, com a aprovação de um pacote de medidas que autorizam o autodeclaração e a delação de participantes de condutas delitivas, prevendo, inclusive, a percepção de um montante equivalente a 40.000 EUR (quarenta mil euros) por possíveis delatores e a aplicação de multas elevadas em caso de infrações empresariais de multinacionais, o que tem fortificado a adoção de medidas de compliance na nação.

A tendência mundial, acompanhando a evolução tecnológica e a velocidade do tráfego de dados e informações pelo globo, tem demonstrado, inclusive, a necessidade da adoção de um compliance digital, visando a adequação à legislação em vigor na Comunidade Européia - de proteção de dados -, a que acaba por ter reflexo em todo o mundo, com a aplicação de multas elevadas no caso de infrações à legislação.

### **3. A Adoção do Compliance no Brasil**

Como já mencionado no presente artigo científico, após a quebra da Bolsa de Nova York em 1929, o mercado internacional passou a adotar medidas preventivas contra fraudes, desde a Convenção de Haia de 1930, passando pelas respostas exigidas pela Securities and Exchange Comissions em 1960, a criação do Comitê de Regulação Bancária, com a celebração do Acordo de Basiléia em 1988, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e a Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, os quais desaguaram, a partir da década de 90, a tomada de medidas no cenário brasileiro.

Esta influência passa a ser notada a partir da aprovação da lei n. 9.613/98, que dispõe sobre os Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, a Prevenção e Utilização do Sistema Financeiro para Ilícitos e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com o objetivo de reprimir, inicialmente, a circulação de ativos financeiros oriundos de determinadas atividades delitivas, tais como tráfico de drogas, corrupção, terrorismo, entre outros, tendo sido posteriormente reformada a lei para inibir a circulação de recursos ilícitos de qualquer atividade delitiva.

Concomitantemente, em 2003 a Organização das Nações Unidas ratificou, com a concordância de 178 Estados Membros, regras contra a Corrupção, tendo sido internalizado pelo Brasil através do Decreto Presidencial n. 5.687/06, que estabeleceu critérios e estratégias para evitar atos lesivos e criminais de corrupção, com a coordenada atuação conjunta de nações na atividade fiscalizadora.

Aparece, ainda, no cenário interno, a lei de improbidade administrativa n. 8.429/92, dispendo de sanções aplicadas aos agentes públicos e aos particulares, em colaboração, que no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pratiquem atos que conduzam ao enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou ofensa aos princípios da administração, possibilitando a suspensão de direitos políticos, a aplicação de multas, a obrigação de ressarcimento ao erário, e a proibição de contratação com o poder público, entre outras medidas, do agente improbo ou dos particulares que participe do ato.

De igual sorte, outros diplomas legais como a Lei Geral de Licitações n. 8.666/93, que estabelece regras gerais de contratação com o Poder Público, a lei n. 12.527/11 de acesso à informação, que tem por objetivo efetivar a transparência dos atos públicos, e diversas outras legislações trouxeram medidas a serem adotadas em âmbito nacional, com o objetivo de disciplinar maior controle dos atos dos gestores, no manuseio das verbas públicas, em atenção a tendência mundial no combate à corrupção.

Neste cenário, ainda, surge a lei n. 12.850/13 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, o meio de obtenção de provas, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal e estabelece o regramento jurídico de tratamento do fenômeno do crime organizado na nação brasileira, legislação esta que tem sido usada de base para a necessidade de implementação de eficientes políticas de compliance institucional.

A lei n. 12.846/13, por sua vez, veio complementar as normas nacionais disciplinando a responsabilização e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, inclusive sem excluir a responsabilização individual dos dirigentes e administradores e das pessoas naturais autoras, coautoras ou partícipe do ilícito.

As medidas de compliance e conformidade, no entanto, passaram a ganhar notoriedade nacional a partir dos escândalos oriundos da operação lava-jato, que identificou um esquema de desvio de recursos públicos instalado no âmbito da Petrobrás, Empresa Pública Federal de Capital Aberto, para favorecimento de grupos políticos, fato este que passou a exigir das empresas medidas de prevenção de risco, conformidade e integridade, para obter impactos positivos no mercado.

Com relação ao fenômeno da corrupção, artigo publicado na plataforma Scielo com o título “compliance e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações”, expõe:

A terceira geração de pesquisa surge por volta dos anos 1990 com o propósito de superar os resultados das pesquisas de indicadores de corrupção considerados inócuos, a constatação de que determinado país era melhor ou pior do que o outro para se investir agregava pouco valor. A nova proposta de pesquisa baseia-se não somente na identificação dos problemas que a corrupção pode causar, como principalmente pretende buscar estratégias para solucionar ou mitigar os atos corruptos e suas consequências. Valorizam-se medidas educativas e punitivas, direcionando o enfoque para os incentivos positivos e negativos que afetam o indivíduos. Objetivam-se reformas no sistema político e econômico, tentando identificar causas estruturais ou institucionais da corrupção. A pesquisa apresentada no presente artigo alinha-se no grupo denominado "terceira geração de pesquisa". (SANTOS; GUEVARA; AMORIM; NETO, 2012, p. 5).

Nesse diapasão, as medidas de ética, gestão, transparência, governança corporativa e compliance, embora preexistentes aos impactos negativos da lava-jato no mercado de valores, somente vieram a ganhar proporções após estes fatos, com a adoção pelas pessoas jurídicas de programas de integridade, com vista a adequar o comportamento empresarial aos ditames legais e regulamentares, conformidade internas e externas, além de promover uma política anticorrupção.

Conforme artigo publicado na Revista de Direito Administrativo e Constitucional com o título “a nova lei de anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública:

Todavia, importante salientar que o compliance não se limita aos sistemas de controle internos de uma instituição para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques aos clientes, investidores e fornecedores. O instituto do compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores. De outro modo, o segundo campo é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro). (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 134-135).

Atualmente, no campo da atuação de ordem objetiva, as medidas de integridade e conformidade empresariais têm se debruçado não apenas na prevenção de crimes contra a administração pública, mas também se estendido à área fiscal, ambiental, trabalhista, digital, e muitas outras medidas que exigem do profissional coordenador do programa um amplo conhecimento técnico sobre diversas áreas.

A certificação ISO 37001, desenvolvida pela “Internacional Organization for Standardization”, conjugada à obediência aos ditames legais e normativas internas e externas em âmbito empresarial, tem auxiliado na comprovação de um eficiente e efetivo programa de compliance antissuborno, identificando um padrão de gerenciamento de riscos para ajudar as organizações no combate à corrupção, estabelecendo uma cultura de integridade, transparência e conformidade.

Trata-se de um sistema certificável, implementado por meio de uma auditoria que verifica a conformidade dos sistemas e visa aplicar as correções necessárias, avaliando a organização em seu contexto, com as necessidades e expectativas, com a análise dos riscos envolvidos, da liderança, do comprometimento, das políticas antissuborno adotadas, das ações de minimização dos riscos, além da conscientização e treinamento dos funcionários.

É assente entre os profissionais da área que um bom e eficiente programa de compliance deve levar em consideração alguns pilares de sustentação, sem os quais os objetivos restam prejudicados, como forma de trazer aceitação e credibilidade do público, e dotar de maior segurança as relações empresariais internas e com os parceiros externos, os quais passamos, sucintamente, a abordar.

Faz-se necessário o apoio e a participação dos órgãos de direção da empresa, com a participação de um profissional especializado em compliance, responsável pela implementação, promovendo-se uma adequada avaliação e mapeamento dos riscos advindas da atividade

empresarial, além da presença de um código de ética e condutas eficientes, a ser seguido em todas as esferas da administração empresarial.

Necessário, ainda, a existência de setores de controle interno atuantes e capacitados, com a criação de mecanismos que assegurem a minimização dos riscos, com a promoção de treinamento dos profissionais e a criação de canais de comunicação seguros, em especial canais de denúncias ativos que estabeleçam o direcionamento das informações.

Faz-se mister, em continuação, a adoção de investigações internas para identificar e apurar indícios de comportamentos antiéticos e ilícitos, com a tomada das providências necessárias, cultura que deve ser estendida a todas as contratações da empresa, com a aplicação de “due diligencie” nas relações contratuais, e um constante sistema de auditoria e monitoramento.

Como demonstrado, a aplicação de uma política empresarial de ética, integridade e conformidade tem sido cada vez mais cobrado na atividade empresarial, como forma de inibir condutas ilícitas, instrumento que a nosso ver deve ser estendido para as contratações com o Poder Público, inclusive, como forma de prevenção dos atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, em busca da eficiente gestão dos recursos públicos.

#### **4. Compliance na Administração Pública**

Há muito o uso irracional e desvirtuado dos recursos públicos tem se mostrado o grande gargalo do desenvolvimento econômico e social de uma nação. No cenário Brasil, estudos realizados no ano de 2016 pelo Fórum Econômico Mundial apontaram o país como a quarta nação mais corrupta do mundo, ficando atrás apenas de Chade, Bolívia e Venezuela.

Integrantes da Força Tarefa da Lava Jato estimam que o Brasil desperdiça R\$ 200.000.000.000 (duzentos bilhões de reais) por ano, em razão do desvio de recursos públicos, segundo estudo publicado no observatório internacional, com base em relatório investigativo expedido pelo Departamento de Polícia Federal, valores este que poderiam ser utilizados em políticas públicas de saúde, educação, segurança pública e assistencial, entre outras.

No intuito de inibir práticas ímprobas e delitivas, o fortalecimento e a especialização dos órgãos de controle do manejo de verbas públicas são essenciais, cada vez mais havendo a necessidade de um trabalho não apenas repressivo, mas preventivo de desvio de condutas que gerem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e ofensa aos princípios basilares da administração.

Assim, o Ministério Público, os Órgãos de Controle Interno – Controladorias -, os Tribunais de Contas e os Poderes Constituídos devem ser diligentes e empreender máxima cautela na fiscalização dos atos do poder público, consubstanciados no manejo de verbas públicas, para que haja o uso adequado e racional, em prol do interesse público, para prevenir condutas ilícitas e promover a efetiva recomposição patrimonial em caso de lesão.

Estes Órgãos, e os próprios entes públicos e pessoas jurídicas, além dos instrumentos padrão de apuração e repressão aos atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, podem dispor de programas de integridade e conformidade a serem aplicadas nas esferas governamentais, como um instrumento efetivo de análise dos riscos e de prevenção aos desvios de conduta.

Em âmbito de direito administrativo, não pouco usual, as empresas públicas e sociedade de economia mista, por concorrerem em igualdade de condições com o particular, e exercerem atividade econômica de interesse geral, foram as primeiras integrantes da administração pública a englobar políticas de integridade e conformidade em suas plataformas de governo.

E não poderia ser diferente, isso porque, como dito acima, estas pessoas jurídicas concorrem em igualdade com o particular por uma fatia do mercado, em busca da maximização dos lucros e resultados eficientes, inclusive capitando recursos financeiros com a negociação de suas ações em bolsas de valores, devendo, por tendência de mercado, aplicar políticas de minimização dos riscos empresariais.

Nesta conjectura, os programas de ética, gestão corporativa e compliance no âmbito das estatais justificam o capital do investidor, dotando-o de segurança jurídica e reduzindo possíveis perdas na negociação dos títulos, nos mesmos moldes que vem funcionando à iniciativa privada. Um eficiente programa de compliance trás a confiabilidade que a empresa estatal precisa no mercado, favorecendo à transparência e ao controle.

A aplicação das práticas de conformidade em âmbito da administração direta, por sua vez, ainda sofre resistência doutrinária e prática, alguns entendendo que tais medidas não se coadunariam com a administração pública, que tem alta carga decisória vinculada aos parâmetros legais, e, no ponto de vista destes opositores, as técnicas de integridade estariam retirando a legitimidade do Poder decisório em âmbito administrativo.

Entendem, ainda, como justificativa de resistência à aplicabilidade das regras de integridade na administração pública direta, a existência de órgãos internos e externos de controle dos atos administrativos, tais quais as Controladorias, os Tribunais de Contas, e, ainda,



o Ministério Público, o que resultaria em desnecessidade e ineficiência de eventuais programas de compliance na administração direta.

Com a devida vênia aos administrativistas que se perfilham a esta corrente, a nosso ver um eficiente e adequado programa de conformidade e compliance na administração encontra guarita constitucional, no princípio democrático, nas suas vertentes representação e participação nos atos decisórios da administração pública. Desta forma, ao contrário do que se advoga em oposição, as políticas de integridade dotam de maior legitimidade os atos administrativos.

De igual sorte, compete-nos repelir o argumento que a existência de órgãos de controle internos e externos da administração tornariam desnecessários a adoção de um programa de conformidade, e por mais de uma razão. A uma: a existências destes órgãos de controle nunca inibiram desvio de condutas no âmbito administrativo. A duas: por questões culturais, estes órgãos atuam predominantemente no controle posterior e repressivo dos atos administrativos. A três: uma política de integridade e compliance seria mais um instrumento em busca da excelência no manejo de verbas públicas.

E procede a argumentação acima, considerando que os órgãos de controle internos e externos atuam, quase na totalidade dos casos, quando já houve a aplicação indevida dos recursos públicos, não possuindo instrumentos aptos a promover o controle preventivo dos atos da administração. Ademais, o princípio democrático, conjugado ao dever de probidade e moralidade administrativa, reclama um efetivo controle prévio que iniba atos de improbidade administrativa.

Assim, forçoso reconhecer a necessidade de técnicas de governança corporativas nas decisões da administração pública, em busca da integridade, ética, eficiência, transparência, honestidade, liderança, coordenados por práticas de compliance, em materialização do princípio democrática, na busca ao pleno atendimento do interesse coletivo.

Além do mais, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, materializada no Brasil através do decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006, em seu art. 12 determina que os Estados Partes, em conformidade com os princípios da legislação interna, adotarão medidas preventivas contra a corrupção. Este dispositivo se coaduna com o princípio democrático, legitimando a adoção das políticas de governança corporativa na administração pública.

Outro ponto que merece acolhida, seria a forma de materialização da aplicação de um programa eficiente de compliance. Defendemos, de início, que não podem, pelo menos em tese, os programas de conformidade serem realizados pelos integrantes dos órgãos de controle acima

indicados, sob pena de não se estar diante de um legítimo programa de conformidade, mas sim de ações de controle típica destes órgãos.

Nesta esteira, os programas de integridade na administração pública direta devem ser, a nosso ver, efetivado por empresas especializadas e capacitadas, contratadas mediante procedimento licitatório, considerando o caráter preventivo da atividade e funcionando como órgão emissor de relatórios onde se apontem os possíveis desvios de condutas na administração pública, e indiquem as formas mais eficiente, célere e econômica da prática dos atos e contratos administrativos, em conformidade com a lei.

Importante frisar que embora possa gerar um custo extra à administração, tem-se a premissa que a contratação de um serviço eficiente promoverá economia, coibirá possíveis condutas ilícitas e evitará desperdício de recursos públicos, e maior eficiência dos atos públicos, além que, conforme se ver na praxe administrativa, a contratação de escritórios de contabilidade e de advocacia tem se mostrado uma prática rotineira, o que não impede que o serviço especialidade de conformidade seja prestado por estes profissionais, desde que comprovadamente qualificados.

Renato de Almeida dos Santos, em sua dissertação de mestrado “compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional” defendida na PUC/SP, fazendo menção a SCHILDER, discorre:

Há estudos que analisam o custo-benefício de uma implementação de programas de compliance em organizações, os quais chegaram a conclusão de que para cada U\$ 1,00 (um dólar) gasto, são economizados U\$ 5,00 (cinco dólares) com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade. (SCHILDER, 2006, p. 37).

Ainda, a adoção de programas de integridade e compliance acabam desafogando o excessivo número de procedimentos existentes nos órgãos de controle – Tribunal de Contas, Controladorias e Ministério Público -, diminuindo a demanda e permitindo a dedicação destes a fatos materialmente mais graves de improbidade administrativa e corrupção, maximizando os resultados.

Paralelamente a adoção dos programas de governança no âmbito da administração pública, nada obsta, ainda, que esta política seja cobrada do particular que contrata com o Poder Público, como requisitos de habilitação técnica do âmbito do procedimento licitatório pertinente, como medida que fortifica o controle dos contratos administrativos e medida anticorrupção, o que passaremos a abordar no tópico seguinte.

## 5. Compliance na Contratação com o Poder Público

Inicialmente, deve-se deixar claro que inexistem, no cenário nacional, a obrigação das empresas que contratam com o Poder Público de adotar um programa de Governança e Compliance empresarial, inclusive, alguns autores indicando que uma regulamentação neste sentido estaria ferindo o princípio constitucional do “*nemo tenetur se detegere*”, visto que no regramento jurídico pátrio ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

Apesar das lições de alguns estudiosos da matéria com relação ao tema acima exposto, entendemos pela possibilidade de tornar obrigatório às empresas a apresentação de um programa de integridade nas contratações com o Poder Público, isso com base na vertente do direito administrativo sancionador, e respaldados pelos princípios constitucionais da probidade administrativa, da eficiência e economicidade, bem como no dever de lealdade e boa-fé que se espera nas relações com o Poder Público, inclusive nas fases pré-contratuais, como preceitua o enunciado n. 170 CJF.

Ademais, não há que se falar em ofensa ao princípio da não culpabilidade, uma vez que os programas de conformidade atuam de forma preventiva, demonstrando os melhores caminhos a serem tomados nos atos decisórios, de forma a evitar ofensa às normativas internas e externas, bem como desvios de condutas que possam configurar delitos ou atos de improbidade. Assim, em verdade, os programas de integridade agem, pelo menos em tese, evitando práticas ilícitas.

Além do mais, inquestionável as vantagens advindas de um eficiente programa de conformidade e compliance, em especial com benefícios processuais e procedimentais em caso de desvio de conduta, que serve como atenuante das infrações administrativas e criminais para os administradores, além de possibilitar a minimização ou eliminação da responsabilidade da pessoa jurídica, mediante o compromisso assumido por esta na adoção de medidas internas adequadas a prevenir e reprimir os atos considerados ilícitos.

Débora Motta Cardoso, em sua tese de doutorado defendida na USP denominada “A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro” discorre que:

Nesse cenário, o compliance torna-se uma ferramenta que ultrapassa os limites da mera fiscalização dos procedimentos adotados e implementados no âmbito dos controles internos, para se tornar um importante instrumento de prevenção ou investigação da prática de ilícitos nas atividades bancárias. Estas características, de outra face, se omitidas, seja essa omissão dolosa ou culposa, podem gerar consequências jurídico penais ao responsável pelo compliance, como adiante veremos no ponto central deste trabalho. (CARDOSO, 2013, p. 50)

Como já é cediço, o decreto n. 8.420 de 18 de março de 2015, que regulamenta a lei n. 12.846/13, em seu art. 41 estipula que o programa de compliance a ser aplicado deve considerar as características e os riscos atuais das atividades das pessoas jurídicas, devendo garantir constante aprimoramento e adaptação em busca da efetividade. Observa-se no regulamento a tendência de considerar os programas de conformidade como medida eficiente a inibir a prática dos crimes empresarias.

O referido ato normativo disponibilizou de um capítulo específico para disciplinar os programas de integridade, considerando que estes devem conter o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia, na aplicação do código de ética, e de conduta, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O ato normativo estabelece parâmetros de avaliação, tais quais o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, a adoção de padrões de conduta e ética estendidos aos terceiros em colaboração, os treinamentos periódicos, a análise periódica de riscos, os registros contábeis fidedignos, os procedimentos para prevenir fraudes e ilícitos em processos licitatórios, a independência das instancias internas, a existência de canais de denuncia, a transparência, o monitoramento contínuo, entre outros.

Destarte, observa-se que o regramento jurídico pátrio reconhece a importância do programa de conformidade para inibir práticas delitivas e atos de improbidade administrativa, dispondo detalhadamente sobre o regime jurídico dos programas de integridade, inclusive determinando a prevenção contra fraudes em processo licitatório na contratação de produtos ou serviços com o Poder Público.

Este regramento jurídico, a nosso ver, reforça o que viemos advogando durante a elaboração do presente artigo acadêmico da necessidade da adoção, pelos entes federados, no que tange a exigência de um adequado e eficiente programa de ética, transparência, governança corporativa e compliance pelo particular que contrata com o Poder Público, como medida auxiliar anticorrupção.

Neste cenário, tornar-se-ia salutar que os procedimentos licitatórios inserissem a obrigatoriedade de comprovação de um programa forte de integridade, na fase de habilitação, o qual poderia ser demonstrado com a apresentação, junto com os documentos obrigatórios, da obtenção da certificação ISO 37.001, que demonstra a existência de um sistema antissuborno e compliance de excelência.

No Distrito Federal, a lei n. 6.112/18 que disciplina o programa de integridade pelas pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração

Pública, em todas as esferas de Poder Distrital, determina a obrigatoriedade da implantação de um programa de integridade para pessoas jurídicas que celebram contrato, convênio, concessão ou qualquer outra forma de avanço com o ente federado em valor global igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

O art. 12 da referida legislação distrital estabelece que a empresa deve firmar declaração da existência de um programa de integridade em âmbito empresarial, no momento da contratação com o Poder Público, incorrendo em multa diária de 0,08% do contrato, até a comprovação da implementação do programa de compliance. Observa-se que apesar da obrigatoriedade do programa de integridade, as sanções pelo descumprimento da exigência, naquela unidade da federação, são bem flexíveis, inclusive sendo abonadas as multas quando da implantação do programa.

No Rio de Janeiro a lei n. 7.753 de 17 de outubro de 2017 torna exigível a adoção de um programa de integridade para as empresas que contratarem com a administração pública estadual no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para as obras e serviços de engenharia, R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços com prazo igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

A legislação carioca, de igual sorte, determina que a comprovação deve ser feita no momento da contratação com o Poder Público, devendo fazer constar no edital do procedimento licitatório as exigências da lei, acarretando na impossibilidade de contratação em caso de descumprimento desta determinação, além da aplicação de multa diária de até 0,02% do contrato.

No Estado de Santa Catarina foi aprovado a lei n. 17.715/19 que disciplina o programa de integridade e compliance da administração pública estadual, expressando o compromisso no combate à corrupção, sendo possibilitado a designação de uma instância executiva para acompanhamento do programa de integridade, a depender das complexidades das atribuições ou do tamanho da organização. Frisa-se que a legislação do estado catarinense determina a implantação do compliance na própria estrutura da administração pública, silenciando quando a necessidade da adoção do programa pelos particulares contratados.

Fernanda Schramm, professora de direito da UFSC, em coluna publicada na Revista de Direito do Estado, sobre as legislações acima citadas transcorreu:

As ponderações relacionadas à ISO e às demais certificações emitidas por terceiros reverberariam nos mencionados diplomas caso fosse exigida a apresentação de padrões mínimos de qualidade referentes ao programa de *compliance*. As legislações poderiam, por exemplo, determinar que as empresas comprovassem a existência do selo “Pró-Ética”, iniciativa do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), em parceria com o Instituto Ethos, que avalia a efetividade dos

programas de *compliance* das pessoas jurídicas de direito privado. Nesse caso, como a avaliação do “Pró-Ética” é anual, as empresas que não detivessem o selo de antemão estariam impossibilitadas de acorrer à disputa, o que tornaria a exigência abusiva e comprometeria a escolha da proposta mais vantajosa, fim precípua da licitação. (SCHRAMM, 2018).

Ousamos discordar da ilustre Professora, com a devida vênua, visto que as empresas que contratam com o Poder Público devem obter, antecipadamente, toda a documentação necessária para a participação no certame no momento da habilitação das propostas, em regra geral, inclusive com a apresentação de outros documentos legais, tais quais os contábeis, de capacidade econômica e técnica, entre outros, e tais fatos nunca trouxeram prejuízos na escolha das propostas mais vantajosa, ao contrário, auxilia na escolha da empresa mais capacitada.

Além do mais, para a exigência de certificações às pessoas jurídicas nas contratações com a administração pública, por questão de razoabilidade e para evitar possíveis argumentos de ofensa à igualdade de oportunidades na participação do certame, os entes federados deveriam promover um período mais longo de “vacatio legis”, para que a legislação entrasse em vigor e aplicabilidade, tempo hábil a se promover as adaptações e habilitações necessárias.

Como se pode perceber dos dados supramencionados, diversos Estados Federativos têm regulamentado, em âmbito de suas competências legislativas, a obrigatoriedade de um programa de integridade e conformidade pelas empresas que contratam com o Poder Público, demonstrando não apenas uma tendência a ser seguida, mas a preocupação e importância de um programa eficiente de compliance na prevenção de atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública.

Nesta esteira, entendemos ser plenamente possível, ainda, aos municípios a edição de lei que regule a matéria, considerando o patente interesse local que permeia as contratações de produtos e serviços pelo referido ente público, tendo-se cautela somente no que tange aos valores mínimos das contratações, que deve obedecer a critérios de proporcionalidade de acordo com o poder financeiro do município, para que não haja inviabilidade de competição nas licitações.

Ao Poder Público Federal compete, também, regulamentar a matéria no âmbito de suas contratações de produtos e serviços, de forma mais ampla, considerando as vultosas quantias públicas envolvidas nas licitações deste ente federado, e o relevante interesse nacional na regulamentação da matéria, como forma de inibir a prática de atos ímprobos e delitivos nas contratações que envolvam maiores riscos ao erário.

Porém, adoto posição mais restritiva com relação ao momento e forma de comprovação da adoção de programas de integridade e compliance pelo interessado em

contratar com os entes públicos, devendo, a nosso ver, tal requisito ser considerado como critério de habilitação no certame, com a exibição do ISO NBR 37.001, ou certificação congênere, evitando-se, destarte, que todo procedimento licitatório reste ao final prejudicado por ausência do cumprimento dos requisitos pelo adjudicante.

## **6. Conclusão**

Conforme amplamente demonstrado no presente trabalho acadêmico, cada vez mais o interesse público reclama por medidas eficientes de combate aos atos de improbidade administrativa e aos crimes contra a administração pública, que tem gerado indevido enriquecimento ilícito a particulares e agentes públicos, inestimável prejuízo ao erário e ordenado uma série de ofensas a princípios basilares da administração pública, fatos que geram entraves para o desenvolvimento econômico e social.

Desta forma, há muito tem se reconhecido a necessidade de estruturação dos órgãos de Controle Interno e Externos – Controladorias, Tribunais de Contas e Ministério Público -, dotando-os de maior independência, autonomia e estrutura física e tecnológica, essencial à repressão dos atos ilícitos e a aplicação das sanções cabíveis aos casos.

No entanto, além do eficiente controle repressivo dos atos ilegais, reconhecemos essencial a adoção de medidas preventivas de análise de risco, como um excelente aliado no combate aos atos de improbidade administrativa, com a execução de um adequado programa de ética, governança corporativa, transparência e compliance pelos parceiros/contratados do Poder Público.

Com isto, alguns estados da federação vêm disciplinando, no âmbito de suas competências legislativas, regras que estabelecem a obrigatoriedade da aplicação de programas de integridade, conformidade e compliance pela Pessoa Jurídica para a contratação com a administração pública, inclusive prevendo a aplicação de multas altas em caso de descumprimento.

A nosso ver, todos entes federados devem disciplinar a matéria, por suas legislações, tornando obrigatório o compliance aos contratados pelo Poder Público, como medida eficiente de controle preventivo dos atos da administração pública, numa política antissuborno, com base no princípio democrático, sob os aspectos representação/participação, em busca do interesse público.

Defendemos, não obstante, no presente artigo, que a comprovação pela pessoa jurídica da adoção de um programa eficiente de integridade, conformidade e compliance deve se dar no

decorrer do procedimento licitatório, com a demonstração de elementos comprobatórios eficazes, tais com a exibição da certificação ISO NBR 37.001, ou documento congênere, na fase de habilitação do certame, em vista ao princípio da eficiência e economicidades dos atos da administração pública.

Assim, concluímos pela perfeita sintonia das regras constitucionais com a obrigatoriedade de um programa de ética, transparência, governança corporativa e compliance pelas Pessoas Jurídicas contratadas pela administração pública, como medida preventiva e eficaz, auxiliar no combate aos atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, inibindo desvio de condutas e permitindo aos demais órgãos de controle interno e externo, a necessária especialização e a dedicação aos casos efetivamente graves que devam ser perseguidos nas esferas cíveis, administrativas e criminais.

## 7. Bibliografia

OLIVEIRA, Gustavo Justino; CARVALHO, André Castro. **A Universidade e a formação do profissional de compliance no Brasil**. Jornal da USP, 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/a-universidade-e-a-formacao-do-profissional-de-compliance-no-brasil/>. Acesso em: 23 mar. 2020.

LUBITZSCH, Hannes. **Compliance in Russia. Russia: 2019**. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=94ec65b9-71dc-401a-8c87-a5bf8c63a686>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SFALSIN, Eliana. **Compliance: história e importância**. Portal Administradores.com: 2018. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/compliance-historia-e-importancia>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SCHRAMM, Fernanda. **O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas**. Florianópolis: 2018. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282318/mod\\_resource/content/0/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20FERNANDA%20SCHRAMM-%20%281er%20pag.%20171%20a-%20235%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282318/mod_resource/content/0/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20FERNANDA%20SCHRAMM-%20%281er%20pag.%20171%20a-%20235%29.pdf). Acesso em 23 mar. 2020.

RIBEIRO, Marcia; DINIZ, Patrícia. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52-n205\\_p87.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52-n205_p87.pdf). Acesso em: 24 mar. 2020.

PIRONTI, Rodrigo. **A importância do compliance nas empresas que contratam com o poder público**. Revista Consultor Jurídico: 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-31/pironti-compliance-empresas-contratam-poder-publico>. Acesso em: 24 mar. 2020.



VALLE, Vanice; SANTOS, Marcelo. **Governança e compliance na administração direta:** ampliando as fronteiras do controle democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/-article/view/993/800>. Acesso em 24 mar. 2020

SANTOS, Renato; GUEVARA, Arnoldo; AMORIM, Maria Cristina; NETO Ben-Hur. **Compliance e liderança:** a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações. São Paulo: Plataforma Scielo, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-45082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 27 mar. 2020.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/a-nova-lei-anticorrupcao-e-a-importancia-do-compliance-para-as-empresas-que-se-relacionam-com-a-administracao-publica/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ALTAMIRANO, Claudia. **Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo**, segundo Fórum Econômico Mundial. Cidade do México: Jomal El País, 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627\\_935822.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html). Acesso em: 28 mar. 2020.

SANTOS, Renato. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional.** São Paulo: 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/979/1/Renato%20de%20Almeida%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no direito penal:** análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora\\_Motta\\_Cardoso\\_Extensao\\_do\\_Compliance.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

SCHRAMM, Fernanda. **A Exigência de Programa de Compliance para as Empresas que Contratam com a Administração Pública:** o que determinam as leis do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. Santa Catarina: Coluna Direito do Estado, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/a-exigencia-de-programa-de-compliance-para-as-empresas-que-contratam-com-a-administracao-publica-o-que-determinam-as-leis-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal>. Acesso em 29 mar. 2020.

CUEVA, Ricardo Vilas. **REsp 1.601.555-SP**, julgado em 14/2/2017, DJe 20/2/2016. Complancie como requisito para indenizações de seguros de D&O, exceto casos dolosos. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosdedireito/informativo\\_ramos\\_2017.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2017.pdf). Acesso em: 29 mar. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Compliance no direito tributário**/Paulo de Barros Carvalho, coordenação; Lucas Galvão de Brito e Karem Jureidini Dias. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**/André Santa Cruz. – 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método

CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro**/André Callegari, Ariel Barazzetti Weber – 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Edson. **Lavagem de Capital e Paraíso Fiscal**/Edson Pinto. – São Paulo: atlas, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica/Robert Alexy – 4 ed. – (2. Reimp) – Rio de Janeiro: forense, 2017.

NERY, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Nelson Nery Junior. 13 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.