

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-090-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática “Constituição, Cidades e Crise”.

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS
4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF
6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)
7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL
8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS
9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA
10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988
11. EXIGÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA
12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO
14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019
15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL Nº 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I 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 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EXIGÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA

THE DEMAND TO IMPLEMENT COMPLIANCE P IN THE PUBLIC HIRING PROCESS: PROPOSITIONS OF A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS

Letícia Ribeiro ¹

Beatriz Ribeiro ²

Resumo

O artigo pretende uma análise acerca da eficiência da exigência de programas de integridade nas contratações públicas, trazida pelas Leis 7.753/17 do Rio de Janeiro e 6.112/18 do Distrito Federal, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo e do procedimento de análise bibliográfico, por meio da técnica de pesquisa de documentação indireta. No tocante à noção de eficiência, adota-se como marco teórico a obra de Robert Cooter e Thomas Ullen. No entanto, conforme será demonstrado, a estrutura dos programas de integridade pode não ser eficaz ao fim que se destina

Palavras-chave: Programas de integridade, Contratações públicas, Eficiência, Corrupção, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to examine propositions about the efficient analyses of the demand for compliance programs in the regime of public hiring process, which has been inaugurated by the Laws 7.753/17 of Rio de Janeiro and 6.112/18 of Distrito Federal. Taking into account the perspective of Economics Analysis of Law. In addition, it will be used the deductive method, through the technique of indirect search. It is adopted as a theoretical framework, Robert Cooter and Thomas Ullen concept's of efficient. However, as it will be demonstrated, the structure of compliance may not be efficient to its purpose.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance, Public contractions, Efficient, Corruption, Economic analysis of law

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito da Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7604428071744743>. E-mail: LETICIAR@fumec.edu.br

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito da Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4918764590566626>

1 INTRODUÇÃO

A abordagem sobre a exigência de programas de integridade nas contratações públicas vem sendo apresentada como uma das formas de prevenção à prática de atos de corrupção nas relações das empresas privadas com a Administração Pública.

A preocupação acerca da vedação de práticas corruptivas reveste-se de relevância na medida em que está diretamente relacionada ao princípio do interesse público, bem como àqueles indicados expressamente pelo texto constitucional; mormente a moralidade, impessoalidade e a eficiência (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o presente artigo possui como tema-problema a análise do efeito da exigência de implantação de programas de integridade sobre a decisão de praticar ou não um ato lesivo à Administração Pública e busca indicar, por meio da metodologia da análise econômica do direito, como essa obrigação legal altera a estrutura de incentivos aos quais os agentes públicos e privados estão expostos.

Destaca-se que diante do referencial teórico o trabalho possui as seguintes hipóteses: (i) Ao avaliar custos e benefícios privados, os agentes podem ignorar eventuais custos e benefícios sociais, gerando externalidades que, por sua vez, podem ser negativas para a sociedade; (ii) No procedimento administrativo, por meio do qual, são realizadas as contratações públicas, os agentes públicos e privados agem buscando a maximização de seus interesses que, não necessariamente, reproduz o interesse público; partindo, para tanto, de duas premissas: (i) os agentes são racionais e ao tomarem decisões levam em consideração uma análise de custo-benefício (custos e benefícios marginais), buscando uma maior utilidade; (ii) a introdução de normas legais ou políticas públicas afetam os incentivos aos quais os agentes estão expostos levando a alterações na tomada de decisão.

Importa ainda mencionar que foi adotado como marco teórico a noção de eficiência elencada por Robert Cooter e Thomas Ullen, pautando-se, portanto, de uma análise de custos *versus* benefícios. Por fim, destaca-se que a pesquisa se limitou a utilizar o instrumental da Análise Econômica do Direito para realizar uma análise positiva no que diz respeito ao controle das práticas corruptivas.

2 REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

No que diz respeito à questão afeta às contratações públicas, importa destacar que diante da estrutura atual dos Estados Modernos, notadamente, do Estado Democrático de Direito, estes desempenham diferentes atividades para atender às demandas da sociedade. Nesse contexto, o relacionamento do Estado com outras pessoas jurídicas, ou físicas, a fim de realizar compras, obras, serviços e alienações ocorre rotineiramente.

No caso do Brasil, em específico, devido ao regime federativo, caracterizado pela autonomia e indissolubilidade dos entes que o compõe, todos os componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) materializam o Estado, cada qual atuando dentro dos limites de competência traçados pela Constituição (CARVALHO FILHO, 2019).

A presente seção abordará o regime jurídico das contratações públicos, que encontra seu principal conteúdo na Lei 8.666 (BRASIL, 1993). Para tanto, primeiramente, será mencionada a correlação existente entre a evolução da Administração Pública no Brasil e a implantação de um regime gerencial, no qual as práticas administrativas voltaram-se para a sistemática da gestão privada. Posteriormente, serão expostos os imperativos normativos que delimitam a atuação administrativa no tocante às contratações que esta realiza.

2.1 Aspectos introdutórios: evolução da administração pública no Brasil

A evolução da estrutura e funcionamento da Administração Pública acompanhou a evolução do Estado e, no caso brasileiro, é possível mencionar-se que esta passou por três modelos básicos: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial; sendo predominante cada modelo no Estado Colonial e Oligárquico, Estado de Bem-estar Social e no Estado Regulador, respectivamente. Acerca da evolução dos modelos de administração pública, elucida Idalberto Chiavenato:

A reforma do aparelho do Estado não pode ser concebida fora da perspectiva da redefinição do papel do Estado e, portanto, pressupõe o reconhecimento prévio das modificações observadas em suas atribuições ao longo do tempo. Dessa forma, partindo-se de uma perspectiva histórica, verificamos que a administração pública [...] evoluiu através de três modelos básicos: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial. Essas três formas se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer uma delas seja inteiramente abandonada. (CHIAVENATO, 2008, p.105).

Na administração pública patrimonial, em razão da confusão entre a esfera pública e privada, os cargos eram ocupados por indicações pessoais, cujos critérios de seleção e provimento baseavam-se na personalidade e discricionariedade. Esse tipo de estrutura administrativa relaciona-se diretamente à forma de colonização do território brasileiro, conforme destacam Elisabete Abreu e Lima Moreira:

Para Weber (1993), o patrimonialismo é uma forma de dominação na qual não existe uma diferenciação clara entre a esfera pública e a privada. [...] Nesse caso, a *res publica* não é diferente da *res principis*, ou seja, há uma interpermeabilidade, interdependência e inter-relação entre os patrimônios público e privado. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração que marcou o Estado Colonial e a República Velha brasileira até 1930. Essa base patrimonialista da sociedade brasileira tem origem no tipo de colonização feita no país, que carrega os vícios do Estado Português (MOREIRA, 2016, p.56).

Por sua vez, no modelo burocrático, as atividades da Administração Pública voltam-se para a coerção das práticas corruptivas e nepotistas, pautando-se pelos princípios da profissionalização, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo (CHIAVENATO,

2008). Acerca da conjuntura de implementação desse modelo, esclarece Elisabete Abreu e Lima Moreira:

[...] Apesar do modelo burocrático weberiano ter surgido na metade do século XIX, no estado liberal, com o desenvolvimento do capitalismo e da democracia, foi a partir da década de 40, do século XX, em especial, após a Segunda Guerra Mundial, que houve sua expansão no aparelho do Estado. Isso ocorreu, sobretudo, em razão da busca da eficiência, tendo em vista o movimento do investimento público com fins estabilizadores, através do fortalecimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). (MOREIRA, 2016, p.57).

Contudo, em decorrência da ênfase nos processos e meios, o controle transformou-se na própria razão de ser do funcionário; o Estado voltou-se para si mesmo, concentrando e centralizando funções. O enfoque do modelo burocrático mostrou-se prejudicial na medida em que se caracterizou pela rigidez dos procedimentos e pelo excesso de normas e regulamentos; situação incompatível com a sobrecarga de demandas dirigidas ao aparelho estatal (CHIAVENATO, 2008).

No contexto do Estado de Bem Estar Social, surge o modelo de Administração Pública Gerencial que, visando uma reestruturação administrativa, buscou aplicar a sistemática da gestão privada à administração pública. No caso do Brasil, houve uma primeira tentativa de implantação de uma administração pública gerencial com o Decreto-lei 200 em 1967; entretanto, esta somente foi efetivada em 1995 com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE. (MOREIRA, 2016). Sobre o contexto anterior a reforma gerencial de 1995 e sobre a reforma em si, colhem-se as explanações de Luiz Carlos Bresser-Pereira:

O Estado brasileiro passou por duas grandes reformas administrativas – a burocrática, iniciada em 1937, e a gerencial, que começa em 1995. A primeira ocorreu no primeiro governo Vargas, e teve como objetivo transformar a administração pública brasileira, que até então era patrimonial, em um serviço público profissional. Já a segunda reforma teve início no último quartel do século XX, e seu objetivo foi e continua sendo tornar os grandes serviços sociais do Estado mais eficientes. [...] A Reforma Gerencial de 1995, como as demais reformas dessa natureza respondeu ao grande aumento do tamanho do Estado que implicou sua transformação em um Estado Social. (BRESSER-PEREIRA, 2009)

Dessa maneira, constata-se que para alcançar seus fins, o Estado desempenha diferentes atividades, dentre as quais, para fins do presente trabalho, destaca-se a forma pela qual o Estado relaciona-se com outras pessoas jurídicas a fim de realizar compras, obras, serviços e alienações, bem como deve observar imperativos normativos relacionados ao seu objetivo central: o interesse público.

2.2 Regime jurídico administrativo: princípios

O regime jurídico administrativo refere-se ao conjunto normativo que coloca a Administração Pública numa posição privilegiada, mas ao mesmo tempo impõe-lhe restrições:

Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. [...] Mas ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo. [...] Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios, que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração (DI PIETRO, 2018, p.130).

Em relação aos princípios que delineiam a função administrativa e tendo em vista o objetivo do presente trabalho, destacam-se a supremacia do interesse público e a indisponibilidade dos interesses públicos. Menciona-se que o interesse público deve ser entendido como aquele resultado do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm enquanto membros da sociedade, conforme conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013):

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. [...] A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis* (MELLO, 2013, p.70-76).

Tendo-se em conta que as atividades desenvolvidas pela Administração Pública estão voltadas para o interesse público, o agente público vincula-se a diversos critérios legais para selecionar as pessoas a serem contratadas.

A esse respeito, o próprio texto constitucional estabelece a obrigatoriedade de a Administração Pública observar o procedimento licitatório antes de realizar suas contratações, bem como para as concessões e permissões de serviço público (BRASIL, 1988) e conforme sintetiza Victor Aguiar Jardim Amorim, essa obrigatoriedade abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público; estando ainda vinculados: os órgãos da administração pública direta e indireta, especificamente as autarquias (incluindo as agência reguladoras e executivas, bem como os conselhos profissionais), fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, associações públicas, fundos especiais, entidades do sistema “S” (por meio de regulamentos próprios, observados os princípios da Administração Pública); Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Organizações Sociais (AMORIM, 2017, p.27).

Além disso, o próprio texto constitucional trás princípios expressos que devem ser observados por todas as pessoas administrativas; a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988, art.37)

2.3 O tratamento da Licitação na Legislação ordinária e na Constituição Federal

As normas procedimentais que dizem respeito à contratação pública, encontram-se compiladas no direito brasileiro, principalmente, por meio da Lei 8.666 (BRASIL, 1993) que dispõe sobre normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito federal, estadual e municipal³. Congregando a finalidade e as características desse procedimento, José dos Santos Carvalho Filho, conceitua a licitação como:

[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. (CARVALHO FILHO, 2019, p.246).

Ainda no que diz respeito ao panorama normativo, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabelece em seu artigo 22, inciso XXVII que a definição de normas gerais acerca da licitação e contratos administrativos é de competência da União, permitindo-se aos demais entes (Estados, Distrito Federal e Municípios) legislar sobre normas específicas.

Nesse sentido, apesar da Lei 8.666/93 definir normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, sua edição não exauriu a competência legislativa da União; donde se extrai que não existe óbice para que a União regulamente o assunto em outros diplomas normativos, como é o caso da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação), dentre outras⁴.

Destaca-se a seguir a normatização correlata à matéria de licitações e contratos administrativos: Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações); Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão); [...] Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal); Lei nº 8.987/95 (Concessão e Permissão de Serviços Públicos); Lei nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas); Lei Complementar 123/2006 (estabelece, em seus artigos 42 a 49, normas para tratamento diferenciado conferido às MEs e EPPs nas licitações públicas realizadas pela Administração Pública Federal); Lei nº 12.232/10 (contratação de serviços de publicidade); Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação -RDC); Lei nº 13.303/16 (estabelece o estatuto jurídico da Empresa Pública) (AMORIM, 2017, p.26).

Tendo em vista o enfoque do presente trabalho, não serão exploradas em seus detalhes as mencionadas legislações, sendo que a análise proposta se volta a questão genérica envolvendo as contratações públicas e a exigência de programas de integridade pelos participantes.

³ “Art.2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratada com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”. (BRASIL, 1993).

⁴ “Compreendem o conjunto de normas relativas ao referido procedimento: Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações); Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão); Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal); Lei 8.987/95 (Concessão e Permissão de Serviços Públicos); Lei 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas); Lei Complementar 123/2006 (Normas de tratamento diferenciado conferido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no âmbito federal); Lei 12.232/10 (Contratação de serviços de publicidade); Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação); Lei 13.303/16 (Estatuto Jurídico da Empresa Pública)” (AMORIM, 2017, p.26).

Por fim, menciona-se que a própria norma constitucional relativa à obrigatoriedade de observância do procedimento licitatório, prevê a possibilidade de exceções, consistindo no fundamento para o afastamento da mencionada obrigação (art.37, XXI, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). Uma vez configurada a hipótese legal, será possível a realização de contratação direta seja pela ocorrência de licitação dispensada, licitação dispensável ou licitação inexigível; previstas nos artigos 17, 24 e 25 da Lei 8.666, respectivamente (BRASIL,1993).

Além dessas disposições, o procedimento administrativo de contratações públicas, enquanto uma atividade administrativa, orienta-se por um conjunto principiológico, formado por princípios com previsão constitucional e na legislação especial. Nesse sentido, deve observância os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, igualdade e outros (BRASIL, 1988). No tocante ao regramento especial, impõe-se a seleção da proposta mais vantajosa, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e sigilo das propostas (BRASIL, 1993).

Dessa forma, uma vez delineado o contexto de evolução da Administração Pública no Brasil, a relação entre a função administrativa e o interesse público, as regras e princípios que coordenam o regime jurídico das contratações públicas, propõe-se a seguir a exposição da Análise Econômica do Direito, buscando destacar a relevância desse instrumental teórico para avaliação das proposições legislativas e demais institutos jurídicos.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A perspectiva da Análise Econômica do Direito possibilita a análise das normas jurídicas enquanto um conjunto de incentivos e guias que encaminham a conduta dos indivíduos (ALVAREZ, 2015). Tal abordagem mostra-se relevante na medida em que permite uma investigação consequencialista dos institutos jurídicos, pautando-se sempre pela observação acerca da efetividade dos mesmos num sentido de maximização do bem-estar social.

3.1 Surgimento e aplicação da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito tem raízes no realismo jurídico, teoria desenvolvida nos Estados Unidos, que representou uma reação ao formalismo perante as normas e conceitos jurídicos, resultando em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para a aproximar o Direito da realidade social. Sobre o contexto de surgimento da Análise Econômica do Direito expõe Alejandro Bugallo Alvarez:

Na década de 70, em contraposição à visão predominante na teoria jurídica e do utilitarismo, surgem três tendências ou movimentos intelectuais, quais seja, *Law and* 158

Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito sob a perspectiva política, e as teorias denominadas “*rights-based*” que englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política (ALVAREZ, 2015, p. 49-50).

Nesse sentido, tem-se que a Análise Econômica do Direito diz respeito a um movimento de estudo interdisciplinar, caracterizado pela aplicação da teoria microeconômica⁵ para analisar os institutos jurídicos (ALVAREZ, 2015). A proposta metodológica da Análise Econômica do Direito, parte do pressuposto de que se uma análise envolve a avaliação acerca de escolhas, é possível utilizar-se do método econômico, na medida em que o objeto da ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que envolva a tomada de decisão (GICO JÚNIOR, 2010).

Sobre a relevância da Análise Econômica do Direito para descrever e compreender as normas jurídicas e as políticas públicas a partir dos instrumentos teóricos e empíricos fornecidos pela teoria econômica, com o objetivo de conferir mais racionalidade ao discurso jurídico, elucida Germano Bezerra Cardoso:

Por entender a insuficiência dos modelos positivos, jusnaturalistas e dos denominados pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, em propor decisões jurídicas racionais para descrever a realidade e resolver problemas práticos, e em razão de o direito não possuir uma teoria sobre o comportamento, a AED se mostra bastante útil à realidade jurídica. [...] A análise consequencialista do direito para a AED tem por objetivo alcançar soluções eficientes na interpretação do direito, de modo que a aplicação das regras jurídicas esteja voltada para a máxima satisfação ou bem-estar (utilidade) dos agentes ou indivíduos, gerando o menor custo na alocação de riquezas (CARDOSO, 2015, p. 298).

Deduz-se, pois que a relação entre o direito e a economia se dá, em sentido estrito, em razão do objeto de análise em comum: o comportamento humano. Uma vez que, o direito, por meio do ordenamento jurídico, busca regular o comportamento humano e a economia, volta-se para o estudo de como o ser humano toma suas decisões em um ambiente de recursos escassos⁶ (ROBBINS, 1932, tradução nossa).

Dessa forma, a Análise Econômica do Direito busca responder, basicamente, a duas questões sobre as normas: qual o efeito das regras jurídicas no comportamento de atores relevantes; e, segundo se esses efeitos são socialmente desejáveis, pautando-se pelo método da microeconomia. Assim, o comportamento dos indivíduos e empresas é descrito, presumindo-se que eles são racionais e possuem perspectivas futuras e para, tanto, a estrutura do bem estar econômico é adotada para alcançar os resultados sociais desejáveis⁷ (KAPLOW; SHAVELL, 2002, tradução nossa).

⁵ A microeconomia preocupa-se com a tomada de decisões de indivíduos e pequenos grupos, como famílias, clubes, empresas, agências governamentais dentre outros; oferecendo uma teoria geral sobre como as pessoas tomam decisões.

⁶ No original: “Economics is the Science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses” (ROBBINS, 1932, p.01).

⁷ No original: “Economic analysis of law seeks to answer two basic questions about legal rules. Namely, what are the effects of legal rules on the behavior of relevant actors? And are these effects of legal rules socially 159

A partir dessas questões, é possível delimitar a aplicação do método econômico no que diz respeito à investigação de determinada norma: “quais são as consequências de uma determinada regra” e “qual regra jurídica deve ser adotada”. A primeira indagação refere-se à uma análise econômica do direito de viés positivo, enquanto a segunda ao normativo. Essas duas indagações ocasionam diferentes enfoques dentro da proposta de investigação, eis que a utilização da Análise Econômica do Direito para uma análise positiva consiste num exercício de aferição de eficiência da norma, enquanto a Análise Econômica do Direito normativa, proporciona uma identificação mais abrangente, apontando o caminho de atuação da norma ou de uma política pública.

3.2 Postulados do método econômico e as externalidades

A utilização do método econômico, impõe que sejam observados alguns postulados⁸, dentre os quais, destacam-se: a escassez dos recursos, a racionalidade maximizadora e a noção de eficiência.

A escassez faz com as escolhas sejam restritas e excludentes; assim, ao escolher o agente dá uma alocação para o recurso, o que pressupõe um custo (GICO JÚNIOR, 2010). Dessa forma, a escassez, sob a perspectiva econômica, significa que a sociedade possui recursos limitados, não sendo, pois, possível produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ou necessitam (MANKIW, 2009).

O postulado da racionalidade, por sua vez, é essencial para permitir uma análise econômica, na medida em que ao tomarem decisões os agentes levarão em consideração os custos e benefícios, objetivando, sob o viés econômico, maximizar os benefícios, incorrendo no menor custo possível.

O entendimento do comportamento dos agentes e a previsão das reações aos incentivos, portanto, pressupõe a utilização de uma teoria sobre o comportamento humano. Assim, a aplicação da Análise Econômica do Direito relaciona-se diretamente com a Teoria da Escolha Racional⁹, conforme destaca João Henrique Eulálio Carvalho:

A Análise Econômica do Direito relaciona-se com tal teoria na medida em que visa a uma tomada de decisões jurídicas racionais por parte do aplicador, racional, que tragam benefícios maiores para a sociedade, através de uma análise prévia das consequências jurídicas de uma decisão (CARVALHO, 2011, p.224).

desirable? In answering these positive and normative questions, the approach employed in economic analysis of law is that used in economic analysis generally; the behavior of individuals and firms is described assuming that they are forward looking and rational, and the framework of welfare economics is adopted to assess the social desirability of outcomes” (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p.1.666).

⁸ Acerca dos postulados *vide* Robert Mankiw (2009).

⁹ “O ponto em comum entre os diversos cientistas políticos que inauguraram essa linha de pensamento, reside no fato de que todos adotaram uma interpretação particularmente materialista; ou seja, para todos eles, os agentes sociais estariam interessados na maximização da riqueza, de votos, ou de outras dimensões mais ou menos mensuráveis em termos de quantidades e sujeitas a estrangimentos de recursos materiais” (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p.05).

Portanto, no aspecto econômico a racionalidade diz respeito a um conceito técnico, sendo importante salientar que referida hipótese não implica que os agentes sejam efetivamente racionais; apenas que se comportam como se fossem.

O comportamento de maximização, característico do contexto econômico, tende a levar os indivíduos e grupos para um determinado ponto; um equilíbrio. Ao objetivar maximizar seus benefícios incorrendo no menor custo possível, a decisão do agente será pautada pela avaliação do custo/ benefício de determinada escolha; esses benefícios e custos são denominados pela teoria econômica de benefícios e custos marginais e a regra de ouro da economia é a de que os custos marginais devem se igualar aos benefícios marginais para que se encontre o ponto de equilíbrio. Nesse sentido, o equilíbrio consiste num padrão de interação que persiste, mantidas as variáveis (COOTER; ULEN, 2012).

Com relação ao postulado da eficiência¹⁰, na ciência econômica, de forma simplificada, esta ocorre quando, mantidas determinadas variáveis não é possível alterar o ponto de equilíbrio. (COOTER; ULEN, 2012).

Muito embora o conceito de eficiência apresentado pela concepção tradicional, conforme acima destacado, seja relevante para a análise econômica do direito, a limitação a uma mera questão quantitativa, focando a análise na questão da alocação eficiente, não é suficiente para compreender o comportamento de determinados agentes; pois, uma otimização completa e uma tendência natural de convergência para um equilíbrio eficiente do sistema econômico são influenciados não apenas pelas escolhas, mas também pelas instituições¹¹ (LEITE; *et al* 2015).

Contudo, apesar do risco de uma análise deturpada pela manipulação descuidada da noção econômica de eficiência, a relevância da utilização de uma análise pautada pela relação custos *versus* benefícios, além da avaliação acerca da eficiência, contribui para a identificação de outras variáveis, que até então poderiam ser ignoradas pelo legislador ou operador do direito. Isso porque, a análise consequencialista demonstra outra problemática: a existência de externalidades.

Na teoria econômica, essas externalidades são entendidas como falhas de mercado que ocorrem quando o equilíbrio não é possível em razão de forças externas à interação entre os agentes (PINDYCK; RUBINFELD, 2014).

¹⁰ Ronald Coase (1960), autor de grande importância para a Análise Econômica do Direito, apresenta a eficiência como correlata à ausência de custos de transação; para ele, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres e na ausência de custos de transação, não importa como é feita inicialmente a distribuição dos direitos, sendo estes bem definidos, a eficiência econômica será alcançada.

¹¹ A compreensão da relevância das instituições foi desenvolvida por Williamson e consiste no ramo da Economia denominado de Economia dos Custos de Transação (ECT) [...] Pode-se considerar que a economia institucionalista surgiu como reação à perspectiva teórico-metodológica contida nas escolas clássica, as quais sustentavam o individualismo metodológico e as analogias mecanicistas do paradigma da física Newtoniana. O “velho” institucionalismo marcou uma ruptura radical com a economia do *mainstream* ao considerar que os fenômenos econômicos são também históricos e devem ser estudados a partir das instituições e não a partir da análise de indivíduos [...] (LEITE; *et al*, 2015, p. 69-71)

Nesse aspecto, a corrupção pode ser compreendida enquanto como uma externalidade, posto que referida variável afeta negativamente tanto os custos diretos quanto os indiretos no tocante à efetivação do bem-estar social. Esse fenômeno, aqui entendido como o uso de recursos públicos para obtenção de ganhos pessoais, afeta a eficiência das políticas públicas e proposições legislativas e eventuais objetivos de redistribuição de recursos. Assim, a corrupção afeta a própria análise de custos e benefícios das proposições legislativas, distorcendo seus resultados (TABAK, 2015).

No caso em análise, em razão do tema-problema, mostra-se relevante a consideração da mencionada externalidade, na medida em que a exigência dos programas de integridade visa, justamente, coibir práticas corruptivas.

2.3 A relação entre corrupção e Administração Pública

A temática da corrupção é recorrente na discussão acadêmica e a relação desta variável com a Administração Pública é tradicionalmente associada à formação moral e cultural do povo brasileiro, identificando-se a colonização brasileira como causa determinante das dificuldades em se reduzir os índices de corrupção. No entanto, uma visão mais moderna vem atribuindo essa relação ao sistema jurídico administrativo brasileiro e a fragilidade do sistema de punição (ROCHA, 2012).

Acerca dos motivos dessa interligação entre a corrupção e a Administração Pública, Leila Cuéllar e Clóvis Alberto Bertolini de Pinho (2018), esclarecem que a grande dificuldade de centralização dos mecanismos de controle da Administração Pública poderia ser descrita como um dos principais motivos pelos quais a corrupção estaria mais propensa a ocorrer nesse âmbito, que se fragmenta em diversas entidades e órgãos específicos.

O excesso de burocratização também está inserido nesse contexto e ao invés de contribuir para a redução das práticas corruptivas, parece fomentá-las. Isso porque, como explica Vito Tanzi (1998), as causas ou fatores que promovem a corrupção seriam aquelas que afetam a demanda por atos corruptos e a oferta de atos de corrupção; dentre os fatores que afetam a oferta, o autor destaca a tradição burocrática, os níveis de salários do setor público, o sistema de penalidades, os controles institucionais, a transparência das regras, leis e processos e os exemplos dados pelo “líder”¹².

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014), a Lei nº 8.666 seria um exemplo de como o excesso da burocratização efetivamente fomentou

¹² No original: “The causes or factors that promote corruption are those that affect the demand (by public) for corrupt acts and those that affect the supply (by public officials) of acts of corruption. Among the factors affecting the demand, the most important are (1) regulations and authorizations; (2) certain characteristics of the tax systems; (3) certain spending decisions; and (4) provision of goods and services at below-market prices. Among the factors affecting the supply of acts of corruption are (1) the bureaucratic tradition; (2) the level of public sector wages; (3) the penalty systems; (4) institutional controls; (5) the transparency of rules, laws, and processes; and (6) the examples set by the leadership” (TANZI, 1998, p.03).

a corrupção; isto pois, o formalismo procedimental que orientou sua edição acabou engessando as contratações, implicando, por conseguinte na prática de atos de corrupção, notadamente no pagamento de suborno a servidores públicos e na formação de práticas colusivas (FREITAS; NETO, 2014, p. 12).

No caso do Brasil, especificamente, o procedimento de contratação pública é apontado como uma das principais formas de propagação da corrupção, na medida em que tanto o particular quanto o agente público podem vislumbrar oportunidades para o ganho privado, com a concessão e utilização dos benefícios. Isso porque, o Estado administra um grande volume de o que favorece a existência de grupos de pressão para a manifestação da corrupção (FREITAS; NETO, 2018).

Assim, uma vez apresentadas as contribuições da Análise Econômica do Direito, passa-se à descrição acerca da introdução no ordenamento jurídico dos programas de integridade e como eles são definidos, tanto pela legislação quanto pela doutrina brasileira.

4 A LEI 12.846/13 E OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

A Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, foi inspirada em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que firmaram regras de repressão à corrupção internacional. Dentre essas convenções internacionais citam-se três marcos: A Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29 de março de 1996, a Convenção aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 17 de dezembro de 1997 e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 31 de outubro de 2003 (ARAÚJO, 2016).

Nesse sentido, atendendo a uma inclinação internacional, a Lei 12.846 preencheu uma lacuna existente na legislação brasileira ao prever a responsabilização das pessoas jurídicas privadas pela prática de atos lesivos à Administração Pública.

Tendo em vista essa finalidade, mencionada legislação estabeleceu definições básicas, acerca de alguns conceitos, como por exemplo o de administração pública nacional e estrangeira, e classificou os atos lesivos à administração pública em três grupos; atos de caráter geral, atos relativos a licitações e contratos administrativos e atos praticados durante investigações de órgãos públicos:

A legislação em questão prevê a responsabilidade em três esferas: civil, penal e administrativa, possibilitando a responsabilização não apenas dos sócios, diretores e funcionários de determinada corporação, mas da própria pessoa jurídica. Portanto, as sanções impostas pela referida legislação pautam-se em dois regimes de responsabilidade; a administrativa e a judicial (LEAL; RITT, 2018).

A Lei 12.846, em seu art.7º, VIII, prevê ainda possibilidade de atenuar as sanções nela previstas em virtude da existência de programas de integridade que foi regulamentado pelo Decreto 8.420 de 18 de março de 2015, conforme exigência do art.7º, inciso VIII da referida legislação, definido legalmente como “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica¹³”.

Nesse sentido, os Programas de Integridade ou *Compliance* podem ser definidos como um conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e implementar princípios de ética no ambiente empresarial.

Embora tenha um sentido amplo na prevenção de fraudes em geral, eles tem sido utilizado com frequência, no âmbito internacional, para prevenir, detectar e corrigir condutas ilícitas que possam envolver as empresas em atos de corrupção, com a adoção de normas internas que busquem afastar, no ambiente corporativo, a prática de atos lesivos à administração pública (LEAL; RITT, 2018).

Em consulta ao material de apoio às empresas privadas, elaborado pelo Ministério da Transparência e pela Controladoria- Geral da União¹⁴, verifica-se que os Programas de Integridade são definidos como um conjunto de medidas e ações institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção; consistindo, portanto, em uma estrutura de incentivos organizacionais – positivos e negativos – que visa orientar e guiar o comportamento dos agentes públicos de forma a alinhá-los ao interesse público. Assim, um programa de integridade propõe uma atividade conjunta e coordenada entre os responsáveis pela auditoria interna, a fim de garantir uma atuação íntegra, minimizando os possíveis riscos de corrupção (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017, p. 06).

Inferre-se, portanto, que no mundo corporativo, *Compliance* relaciona-se, como o próprio termo indica, à conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização; indo além do simples atendimento à legislação, buscando consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na

¹³ “Art.41 – Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e na aplicação efetiva de código de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BRASIL, Decreto 8.420 de 16 de março de 2015).

¹⁴ “De acordo com Wagner Giovanni, a Controladoria Geral da União é uma espécie de Departamento de Compliance dentro do Governo Federal. A CGU exerce atividades de auditoria e fiscalização e dispõe também de uma Corregedoria-Geral responsável por apurar e punir as faltas disciplinares dos servidores públicos federais, de uma Ouvidoria-geral, para coordenar o sistema de ouvidorias do Poder Público Executivo Federal, e de uma unidade de prevenção da corrupção, para desempenhar ações de incremento da transparência pública, promoção da ética, prevenção a conflito de interesses, estímulo ao controle social, estudos e pesquisas sobre o fenômeno da corrupção (GIOVANNI, 2014, p.41). Menciona-se que atualmente a CGU não possui status de órgão autônomo, em razão da criação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União pela Lei 13.341/16 (BRASIL, Lei 13.341 de 29 de setembro de 2016).

condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas (GIOVANNI, 2014).

Nesse sentido, tem-se que a implementação de Programas de Integridade implica na inserção de vários controles internos nas pessoas jurídicas privadas, como mecanismos de natureza contábil, avaliação da escala e volume de negócios, códigos de conduta, dentre outros; tudo isso, visando a um controle das práticas corruptivas no ambiente corporativo. É possível também, por meio da estrutura implementada, a realização de uma avaliação das áreas de atuação da empresa em que haja maior risco da prática de irregularidades, principalmente naquelas em que ocorram interações com agentes públicos (GIOVANNI, 2014)

Tendo sido expostos a abordagem do método econômico bem como a definição do que sejam os programas de integridade, passa-se à apresentação e posteriormente às proposições, acerca da obrigatoriedade de implementação dessa estrutura normativa estabelecida pelas Leis 6.112 de 2018 do Distrito Federal e 7.753 de 2017 do Rio de Janeiro.

5 EXIGÊNCIA DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Diante do contexto de preocupação em coibir práticas corruptivas, a Lei 6.112 do Distrito Federal, e a Lei 7.753 do Rio de Janeiro¹⁵, foram pioneiras ao estabelecerem a obrigatoriedade de implantação do programa de integridade nas empresas que contratam com a Administração Pública. Nesse aspecto, as referidas legislações impuseram um critério objetivo, relativo ao valor das contratações, para identificar quando haveria tal obrigatoriedade; diferenciando-se, no entanto, no tocante aos valores; tendo o legislador do Distrito Federal optado pelos valores relativos à modalidade tomada de preços e o do Rio de Janeiro pela modalidade da concorrência:

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as empresas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, cujos limites de valor sejam iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, ainda que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias.

Parágrafo único. Os valores estabelecidos no caput são atualizados em conformidade com os parâmetros fixados na Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou na legislação superveniente (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias. (RIO DE JANEIRO, 2017).

¹⁵ A Lei 6.112/18 foi publicada no Diário Oficial do Distrito Federal em 06 de fevereiro de 2018 e a Lei 7.753/17, no Diário Oficial do Rio de Janeiro em 17 de outubro de 2017.

De forma geral, ambas as leis definiram quem deve se sujeitar a referida exigência, a definição de programa de integridade, o prazo para implantação, por quem ele deve ser avaliado, quais os parâmetros da avaliação e as consequências da não implantação (DISTRITO FEDERAL, 2018; RIO DE JANEIRO, 2017).

A necessidade de observância dos programas de integridade, de acordo com as mencionadas leis estaduais, tem por finalidade a proteção da Administração Pública de atos lesivos que causem prejuízos financeiros em razão de irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes, bem como garantir a execução dos contratos em conformidade com a lei, a redução dos riscos inerentes aos contratos e obtenção de melhor desempenho nos contratos¹⁶.

5.1 O enfrentamento da corrupção e a problemática da eficiência

No que tange a aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção e o padrão de empresas punidas, Clóvis Alberto Bertolini de Pinho, em estudo realizado, avaliou os resultados de dados obtidos do Cadastro Nacional de Empresas Punidas e constatou que, até 05 de agosto de 2018, de todas as sanções registradas teriam sido aplicadas somente trinta e três multas, com somente quatro casos que ultrapassariam a quantia de um milhão de reais; concluindo o mencionado autor que a Lei 12.846 tem pouca aplicabilidade pelos órgãos da Administração Pública e suas sanções têm se dirigido, em sua maioria, às empresas de pequeno e médio porte, que teriam maiores dificuldades na implementação de um programa de integridade (PINHO, 2018).

A questão afeta ao aprimoramento do controle interno também é relevante para a Administração Pública, na medida em que o modelo constitucional vigente, não vêm apresentando respostas satisfatórias para o enfrentamento da problemática envolvendo a corrupção. Acerca da relação entre a ineficiência do controle interno da Administração Pública e a corrupção, destaca Anna Carolina Migueis Pereira:

[...] Ainda que tomada como fato a acuidade das quantias apontadas, elas não são capazes de fazer frente ao enorme desperdício anual de recursos públicos gerado pela corrupção, calculado em torno de 2% (dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Considerando que, em 2017, o PIB nacional foi de R\$ 6,51 trilhões (seis trilhões quinhentos e dez bilhões de reais), após crescimento de 1% (um por

¹⁶“ Art. 3º A exigência da implantação do Programa de Integridade tem por objetivo: I - proteger a Administração Pública distrital dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; II - garantir a execução dos contratos em conformidade com a lei e com os regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; III - reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência em sua consecução; IV - obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais” (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Art. 2º A exigência da implantação do Programa de Integridade tem por objetivo: I – proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; II – garantir a execução dos contratos em conformidade com a Lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; III – reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução; IV – obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais (RIO DE JANEIRO, 2017).

cento), em relação a 2016, a corrupção representou uma perda de R\$ 130,2 bilhões (cento e trinta bilhões e duzentos milhões de reais) – e isso somente ao longo de um único ano. Na mesma esteira, poder-se-ia, ainda cogitar sobre quantos bilhões de reais são desperdiçados anualmente com a ineficiência da Administração, cujas contratações são historicamente marcadas pelo *rent-seeking* dos fornecedores e por contratações cujo objeto nem sempre é concluído ou, frequentemente, é entregue em período superior ao inicialmente previsto – e por um valor final consideravelmente superior àquele inicialmente estimado [...]. (PEREIRA, 2018, p. 32).

Nesse sentido, o panorama da legislação federal atual aponta uma insuficiência no trato com as questões afetas à corrupção no ambiente público, pelo que a análise sobre o impacto da exigência de implantação dos programas de integridade pelas leis estaduais do Distrito Federal e do Rio de Janeiro na estrutura de incentivos da relação entre a Administração Pública e os agentes privados no momento da contratação pública, mostra-se essencial para a compreensão acerca da eficiência dos referidos diplomas legais.

5.2 Análise da eficiência da obrigatoriedade de implantação de programas de integridade: proposições

A fim de possibilitar uma análise, sob a perspectiva econômica, acerca da eficiência da obrigatoriedade inaugurada pelas referidas legislações estaduais, em um primeiro momento, há que se delimitar como as pessoas jurídicas tem se comportado diante da regra existente anteriormente à edição das mencionadas leis¹⁷, e como referidas legislações poderiam alterar a estrutura de incentivos na qual os agentes envolvidos na contratação pública se encontram.

Isso porque, a consideração da racionalidade enquanto uma das premissas do método econômico demonstra a necessidade de que seja realizado um contraponto entre as opções apresentadas aos agentes no momento em que estes devam tomar determinada decisão, eis que escolherão aquela que lhe proporcionar a maior utilidade.

Assim, em razão da análise de custo-benefício, destaca-se que o impacto das exigências dos programas de integridade deve ser avaliado em dois momentos distintos; um primeiro, no que diz respeito aos custos e benefícios para as pessoas jurídicas que devam implantá-lo e um segundo, com relação ao impacto dos mesmos nas relações envolvendo essas pessoas jurídicas e a Administração Pública. Estes parâmetros devem ser estabelecidos pois a análise de apenas um deles tornaria prejudicada a avaliação da alteração na estrutura dos incentivos, proporcionada pelas Leis 6.112 (DISTRITO FEDERAL, 2018) e a Lei 7.753 (RIO DE JANEIRO, 2017).

¹⁷ Para tanto, sugere-se que seja observado o microsistema de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público e não apenas a Lei 12.846/13, como por exemplo as Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13. 303/16) e a Lei 8.666/93.

6 CONCLUSÃO

Conforme mencionado na introdução, a realização de uma análise quantitativa sobre a exigência dos programas de integridade não foi o objetivo do presente artigo. Pretendeu-se compreender como o instrumental metodológico da economia pode auxiliar na análise da eficiência de determinada alteração legislativa. Assim, tendo em vista os postulados econômicos, de racionalidade maximizadora, custos marginais e eficiência foram apontados os aspectos pertinentes para a análise da eficiência da exigência de implantação do programa de integridade a fim de cumprir a finalidade legal elencada pelas Legislação estaduais acima indicadas.

A referida análise mostra-se relevante na medida em que se observa que comportamento dos agentes privados diante da regulamentação existente, demonstra que o arranjo do ordenamento jurídico relativo à punição das práticas corruptivas (seja ele penal, administrativo ou cível), e o arranjo institucional não têm obtido sucesso na redução das fraudes e irregularidades.

Muito embora não tenha sido realizada uma análise quantitativa, diante das proposições acima indicados e da delimitação acerca do que sejam os Programas de Integridade, verifica-se que os mesmos oferecem uma estrutura que possibilita um rígido controle interno nas pessoas jurídicas que pretendem contratar com a Administração Pública; o que, no entanto, não é observado no âmbito público isto porque o controle da Administração Pública brasileira é eminentemente fragmentado, marcado pela existência simultânea de diversas instâncias de controle, sem que haja um mecanismo de coordenação efetivo entre elas (PEREIRA, 2018).

Dessa forma, no momento de realizar a contratação, por mais que o agente privado esteja vinculado a preceitos éticos, morais, em suma, normas de conduta estabelecidos no âmbito corporativo, o agente público não encontraria o mesmo em seu ambiente institucional.

Assim, diante das opções que lhe são postas, o agente privado tende a optar por aquela na qual obtenha sucesso no certame público, eis que, em última instância, visa os recursos financeiros envolvidos em determinada contratação e considerando-se as opções (i) fraude com possibilidade de sucesso no procedimento, e (ii) não fraude, observando-se os padrões impostos pelo programa de integridade, em uma análise racional e maximizadora, o agente privado tende a optar pela primeira.

No entanto, não se está afirmando com isso que os Programas de Integridade são incapazes de reduzir os níveis de corrupção existentes nas contratações públicas; o que se pretende apontar é que a questão afeta a contratação pública, envolve coordenações externas entre agentes públicos e privados, e utilizando-se das premissas da análise econômica do direito (racionalidade, maximização e eficiência) verifica-se que o fim almejado ultrapassa

questões de moralidade e ética corporativa; envolve diretamente a finalidade existencial das pessoas jurídicas: a lucratividade.

Somando-se a isso, no Brasil, observa-se que a estrutura de mercado, na qual são realizadas as contratações, é marcada pela utilização das relações entre determinados agentes públicos e privados para influenciar a tomada de decisões.

Nesse sentido, por se tratar de uma relação na qual os polos estão sujeitos a incentivos diferentes a alteração na estrutura de apenas um deles pode não ser capaz de suprir as falhas existentes no sistema, permanecendo a externalidade, conforme nos sugere o modelo econômico.

Importa ainda destacar que muito embora a Análise Econômica do Direito proporcione um instrumental analítico de grande utilidade, a análise de proposições legislativas não deve se restringir estritamente a um viés econômico, na medida em que a questão afeta as normas e proposições legislativas envolvem questões relacionadas a valores e subjetivismos, não podendo, portanto, se limitar a uma verificação matemática de maximização de benefícios.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade, v.9. n. 29. p. 49-68.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2017.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comentários à Lei 12.846/13: diretivas sobre o programa de compliance**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 Mar.2020.

BRASIL, Decreto 8.420 de 18 de março de 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: 04 Mar. 2020.

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Aceso em: 03 Mar. 2020.

BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art.37, inciso XXIX, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666compilado.htm. Acesso em: 14 Abr. 2020.

BRASIL, Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração** 169

pública nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 10 Abr. 2020.

BRASIL, Lei 13.341 de 29 de setembro de 2016. **Altera as Leis n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória n.º 717, de 16 de março de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113341.htm. Acesso em: 07 Abr. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Pequena história da Reforma Gerencial de 1995.** Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2009/09.23.Pequena_historia_reforma_gerencial_1955.pdf. Acesso em: 10 Abr. 2020.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. **Revista Jurídica da Presidência.** Brasília. v.17. n.112. Jun/Set 2015. p. 293-313.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, João Henrique Eulálio. **Racionalidade Econômica no direito.** Arquivo Jurídico. v. 01, n. 01, Jul/Dez, 2011.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**, 6th edition. Berkeley Law Books, 2016.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO -CGU. **Manual para implementação de programas de integridade: orientações para o setor público.** Brasília, junho de 2017. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 03 Abr. 2020.

CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. Reflexões sobre a Lei Federal n.º 12.846/13 (Lei Anticorrupção). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte. ano 12. n.46. Abr/Jun, 2014. p. 131-170.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DISTRITO FEDERAL, Lei 6.112 de 02 de fevereiro de 2018. **Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. (Redação da ementa dada pela Lei N.º 6308 DE 13/06/2019)** Disponível em: http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2018/02_Fevereiro/DODF%20026%2006-02-2018/DODF%20026%2006-02-2018%20SECAO1.pdf. Acesso em: 08 Abr. 2020.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.16, n.45, Fevereiro 2011.

FREITAS, Rafael Vêras de; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo: FA**, Belo Horizonte, v.14, n.156, p.9-20, fev.2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/72681>. Acesso em: 10 Mar. 2020.

GIOVANNI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Ecnomic Analysis of Law Review**. v. 1, n.01, Jan/Jun, 2010. p. 07-32.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Anlysis of Law**. Harvard Law School and National Bureau of Economic Resarch: 2002.

LEAL, Rogério Gesta Leal; RITT, Caroline Fockink. A necessidade de adoção de códigos de integridade corporativa – compliance – pelas entidades da administração pública indireta de direito privado. **Revista da AGU**, v. 17, n. 01, 87-108, Abr/Jun, 2018, Brasília -DF.

LEITE, André Luis da Silva; LOPES, Daniel Gonçalves; ZANELLA, Cleunice; NUNES, Nei Antônio. Conhecendo o campo da Economia dos Custos de Transação: uma análise epistemológica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson. **Revista de Ciências da Administração**. v.17. n.42. Agosto, 2015. p. 64-77.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução a economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009. Título Original: Principles of economics.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Elisabete de Abreu e Lima. **Administração Geral e Pública para concursos**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINDYCK, Robert S; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. Trad. Daniel Vieira, revisão técnica Edgar Merlo, Julio Pires. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. Título original: Microeconomics.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature significance of economic Science**. Macmillian & Co. Limited: London, 1932.

RIO DE JANEIRO, Lei 7.753 de 17 de outubro de 2017. **Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do rio de janeiro e dá outras providencias**. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 11 Abr. 2020.

ROCHA, Lucas Furtado. **As raízes da corrupção: estudos de caso e lições para o futuro**. Tese de Doutorado. Universidade de Salamanca, 2012.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52. n. 205. Jan/Mar. 2015.

TANZI, Vito. **Corruption Around the World: Causes, consequences, scope and Cures**. IMF Working Paper, 1998.