

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Sistema de Compliance como  
ferramenta de ética e integridade nas  
contratações públicas

Paulo Ricardo Santana

VOLUME I

Dissertação de Mestrado na área científica de Administração Pública-Privada orientada pelo Senhor Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Junho de 2020

Paulo Ricardo Santana

**COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**  
O SISTEMA DE COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE ÉTICA E  
INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

***COMPLIANCE IN PUBLIC CONTRACTING***  
*THE COMPLIANCE SYSTEM AS A TOOL FOR ETHICS AND INTEGRITY IN*  
*PUBLIC CONTRACTING*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do  
2º. Ciclo de Estudos em Administração Pública-Privada.

Orientador: Dr. Fernando Licínio Lopes Martins

Coimbra, junho de 2020

**COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**  
**O SISTEMA DE COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE ÉTICA E**  
**INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Paulo Ricardo Santana

Orientador: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins

Data da defesa \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_

Resultado \_\_\_\_\_

Nota \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Presidente: Professor (a) Doutor (a) Faculdade

---

Orientador: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

Professor (a) Doutor (a) Faculdade

Coimbra - 2020

## **Declaração de Conteúdo**

Em atenção ao disposto pelo Regulamento acadêmico e pedagógico do 2º ciclo de estudos em Administração Público-Privada, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, notadamente, ao que estabelece o nº 7, do artigo 26º do referido diploma, declaro que a presente redação apresenta um corpo composto por total de 260.557 (5.580 cabeçalho e rodapé) caracteres, sem espaços. Neste total estão incluídos texto e notas de pé de página.

Coimbra, 10 de junho de 2020

---

**Paulo Ricardo Santana**  
**Nº aluno: 2018250654**

## **Declaração antiplágio**

Em atenção ao disposto pelo Regulamento acadêmico e pedagógico do 2º ciclo de estudos em Administração Público-Privada, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda e qualquer utilização de trechos de outros textos e ou alusão a eles, está devidamente referenciada, com indicação de sua autoria.

Coimbra, 10 de junho de 2020

---

**Paulo Ricardo Santana**

**Nº aluno: 2018250654**

## Dedicatória e agradecimentos

---

À Inteligência Suprema, causa primária de todas as coisas, e a Jesus, o grande governador planetário.

À Ellen, minha esposa, sem a qual a minha vida, os meus sonhos e os meus esforços careceriam de razão.

Aos meus filhos Rômulo e Ellena, que me fazem sentir a vida em plenitude quando dormem o sono dos justos, quando sorriem o sorriso dos realizados e quando me fitam, com o fim de olhar um modelo.

Aos meus pais, Seu Belizário e Dona Leontina, maiores exemplos de trabalho, de dedicação, de espiritualidade, de firmeza no propósito, de honestidade e de renúncia que conheci.

Aos meus irmãos consanguíneos Amilton, Silvana e Viviane, pelo amor de sempre.

Ao Tio Adolfo, meu grande professor da vida e da Advocacia, e à Tia Dalva, pelo acolhimento, pela paciência e por tudo que por mim fez.

Ao meu irmão “de fé”, Douglas, o Dôglão, que me recebeu em Coimbra, que me deu suporte, que me orientou, que me indicou todos os caminhos e sem o qual este curso de Mestrado seria impossível.

À minha amiga de classe Nadja Azeituno, por tanto me ajudar.

Aos professores, colaboradores e funcionários da Universidade de Coimbra.

Em especial, à Universidade de Coimbra, a Universidade “do Mundo”, esta Instituição secular, de história sem igual, a mais internacional das universidades portuguesas, que acolhera tantos brasileiros ilustres, tal como José Bonifácio de Andrada e Silva, e que hoje acolhe um rapaz da “Terra do Arranca Capim”, do fundo do Brasil, lá do sertão, que “*não sabia que era impossível*” e que, na mais profunda de suas irresponsabilidades, “*foi lá e fez.....*”.

*“Minha terceira máxima era procurar sempre vencer antes a mim do que a fortuna, e mudar meus desejos do que a ordem do mundo; e, de maneira geral, acostumar-me a crer que nada está inteiramente em nosso poder a não ser nossos pensamentos...”*

René Descartes.

*“Ele não sabia que era impossível. Foi lá e fez.”*

Jean Cocteau.

*“..., tenho em mim todos os sonhos do mundo.”*

Fernando Pessoa, *in* Tabacaria

## Resumo

---

Em linhas gerais, a Administração Pública refere-se à estrutura do Estado utilizada para a efetiva satisfação das necessidades da sociedade. Executando-a, o corpo estatal presta serviços, realiza Segurança Pública e empenha efetividade ao poder de polícia, dentre outros pormenores, de sorte que, assim, é possível atender às demandas estabelecidas pela sociedade para a satisfação de suas vontades. Para além da conceituação, na prática a Administração Pública necessita comprar, contratar, alienar, ceder. Cada país, para tanto, estabelece regras básicas, mediante o cumprimento das quais é possível ao Estado proceder tais atos. Por exemplo, no Brasil, a norma de regência criou o processo de licitação, mediante o qual é possível ao Estado, em regra, firmar contrato administrativo. Por sua vez, a República Portuguesa deu vida à lei de regência através da qual, pelo concurso público cabível, a Administração Pública contrata os mais diferentes objetos. Ocorre, todavia, que todos esses procedimentos administrativos são realizados por *pessoas* e a alma humana, infelizmente, em certas ocasiões, deixa-se levar pelo sentido da *vantagem*, ainda que ilegal. É nos processos de contratação pública que se identifica grandes atos de corrupção. Significa, desta feita, que nestes casos o dinheiro público é gerido de forma escusa, ilegal, irregular, a dar guarida às vontades do gestor público, em detrimento dos interesses da coletividade. De seu turno, há tempos, em virtude de práticas desviadas, a gestão corporativa está a se utilizar de sistema que contempla ferramentas as mais variadas, através do qual se objetiva a solidificação da cultura da ética e da integridade, a possibilidade de abertura de canais de denúncia, a operação de investigações, a fim de identificar desvios, e a gestão de crises ocasionadas por estes: é o que se reconhece por *Compliance*. Busca-se neste trabalho, especificamente, abordar a utilização do Sistema de Compliance e de suas ferramentas nos processos de contratação pública. Está-se a falar, então, de um estudo descritivo, de natureza qualitativa, com bases em pesquisa bibliográfica e documental. Em vias de conclusão, estabelecer-se-á o preceito de que é de grande valia, com resultados altamente positivos, que os processos que objetivam contratos públicos, mais ainda, que a Administração Pública, ao realizar contratos, façam uso severo do Sistema de Compliance.

**Palavras-chave:** Estado; Administração Pública; contratações públicas; Compliance; ética e integridade; governança.

## **Abstract**

---

*Generally speaking, Public Administration refers to the state structure used to effectively meet the needs of society. By executing it, the state body provides services, performs Public Security and commits effectiveness to the police power, so that it is possible to meet the demands established by society for the fulfillment of their wishes. Beyond the conceptualization, in practice the Public Administration needs to buy, hire, dispose of, assign. To this end, each country establishes basic rules, by means of which the State may carry out such acts. For example, in Brazil, the rule of conduct created the bidding process, whereby it is possible for the state, as a rule, to enter into an administration contract. In turn, the Portuguese Republic gave life to the law whereby, by the appropriate public tender, the Public Administration contracts the most different objects. However, it turns out that all these administrative procedures are performed by people and the human soul, unfortunately, on occasion, let itself be led by the advantage, even if illegal. It is in public procurement processes that major acts of corruption are identified. This means that public money is managed in an illegal, unlawful, irregular way to protect the wishes of the public manager, to the detriment of the interests of the community. On the other hand, due to deviated practices, corporate management has long been using a system that includes a variety of tools, through which the objective is to solidify the culture of ethics and integrity, the possibility of opening channels. reporting, the operation of investigations in order to identify deviations and the management of crises caused by them: is what is recognized by Compliance. This work specifically seeks to address the use of the Compliance System and its tools in public procurement processes. We are talking, then, of a descriptive study of a qualitative nature, based on bibliographic and documentary research. In conclusion, it will be established that it is of great value, with highly positive results, that the processes aimed at public procurement, even more so, that the Public Administration, when making contracts, make severe use of the Compliance.*

**Keywords:** *State; Public administration; public procurement; Compliance; ethics and integrity; governance.*

## Índice

---

Dedicatória e Agradecimentos.....	06
Resumo.....	08
Abstract.....	09
Introdução.....	12
Método de Pesquisa.....	15

### **Capítulo I - O Compliance**

1.1 Breve histórico.....	17
1.2 A Governança.....	18
1.3 Integridade e cultura.....	19
1.4 Conflitos de interesses.....	24
1.5 Ferramentas do Compliance.....	31
1.6 Prevenção, detecção e remediação.....	35
1.7 A importância do líder-compliance.....	39

### **Capítulo II - As Contratações Públicas**

2.1 O Estado e suas necessidades em termos de contratação pública.....	45
2.2 A Administração Pública.....	47
2.3 O processo de contratação pública.....	49
2.4 Principais fases.....	52
2.5 O contrato administrativo como fim do processo de contratação pública.....	57
2.6 A dispensa e a inexigibilidade de licitação previstas na legislação brasileira.....	60
2.7 Crimes e outros ilícitos em processo de contratação pública.....	71

### **Capítulo III – O Sistema de COMPLIANCE e suas ferramentas aplicado às contratações públicas**

3.1 Na prática, é possível? .....	85
3.2 O princípio da legalidade da Administração Pública não esvaziaria a presente discussão?.....	89
3.3 A cultura da integridade e as contratações públicas.....	104

3.4 Due diligence aplicada e as fases do processo de licitação (procedimento do concurso) e da contratação pública.....	111
3.5 Análise de riscos nas Contratações Públicas.....	114
3.6 Canais de denúncia.....	119
3.7 Monitoramento da integridade na execução contratual.....	124
3.8 Gestão de crises.....	130
3.9 Certificações relacionadas ao Sistema de Compliance.....	133
3.10 Compliance nas contratações públicas em tempos de crise pandêmica: pequenas anotações relacionadas à pandemia da COVID-19.....	136
<b>Conclusão.....</b>	<b>141</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>145</b>
1 Teses, Dissertações e TCC's.....	153
2 Jurisprudência.....	153
3 Webgrafia.....	154
4 Sites consultados.....	156

## Introdução

---

O Estado, tal como concebido modernamente, é um “*senhor cumpridor de leis*”. A história assim impôs, porquanto, no decorrer dos tempos, quando o corpo estatal esteve acima da lei, mormente por conta da força e da dominação de governantes, imperou a violência, o desrespeito aos direitos naturais e a tirania. Isso não é mais concebível no mundo moderno.

A sociedade concebeu-se de tal forma que o indivíduo, a pessoa, para permanecer e viver *nela*, deve respeitar preceitos fundamentais estabelecidos pelo Estado.

Para controlar as ações tanto de um quanto de outro, tanto do Estado quanto da pessoa, seja ela física ou jurídica, portanto, é utilizada a lei, que via de regra tem caráter imperativo e sancionatório. Ademais, ela fixa condutas e, caso a pessoa capaz ou o ente estatal não as realize nos estritos termos firmados, receberá do tutor da lei as devidas consequências também nela assente.

Com efeito, tudo se restringe às ações humanas, diga-se, porquanto são os indivíduos quem materializam os deveres-poderes do Estado. Então, da perspectiva punitiva mencionada, espera-se que a norma legal sancionatória seja capaz de impelir direção à obra do homem.

Todavia, as normas, exclusivamente, não são capazes de imprimir norte à conduta humana. O homem comum precisa muito mais do que delas para se orientar e para agir conforme a sociedade estabelece. Neste sentido, afigura-se com notável importância a ética.

Para além de sua relevância e de sua capacidade de transformação da vida e da postura do indivíduo, a ética é capaz de criar no ser humano um senso acurado de consciência, de discernimento de sociedade organizada, que a faz agir de tal ou qual forma diante de certas necessidades e ocasiões. Nesta linha, o ser humano comum comporta-se desta ou daquela forma na exata medida em que, em conjunto, por um lado enxerga sua atitude como descumpridora das regras postas pelo pensamento comum, e por outro, nota que sua ação pode caracterizar desobediência à regra positivada, que lhe geraria sanção do Estado.

Se somente as leis fossem capazes de ordenar e alinhar a atitude do homem, bastaria que o estado criasse regra legal para que a problemática se resolvesse imediatamente.

Entretanto, na prática, estas questões não se mostram tão fáceis. Em verdade, apresenta-se necessário que o indivíduo entenda, compreenda e internalize que não deve agir de forma tal ou qual porque esse é um dever, uma virtude a ser inexoravelmente praticada e um caminho que lhe faz bem e faz bem ao mundo em que vive. Tal juízo de ordem superior do ser humano, que o faz obedecer às regras postas para o convívio em sociedade, quem tem capacidade de solidificar é a ética.

O Estado, sujeito às suas necessidades e burocracias, carece da realização de contratações públicas, as mais variadas, dos mais diversos produtos, serviços, obras, etc. Para realizar contratos que satisfaçam tais carências, o mesmo, pela sua natureza, está adstrito aos imperativos da norma legal.

Entretanto, nota-se que somente as leis e suas sanções decorrentes, como sobredito, não são – como não foram – capazes de fazer com que muitas das pessoas envolvidas nas contratações governamentais atuem nos estritos termos legais. Tais distorções de conduta são percebidas tanto em atores de dentro do corpo estatal, entre os mais variados agentes públicos, como em atores externos, fornecedores, contratantes e interessados em geral em vender ou prestar serviços para a Administração.

Para o ente estatal realizar contratações, as regras estão postas, mas o seu cumprimento não é natural, em muitos casos. Falta o segundo e determinante elemento, qual seja, a disposição consciente e deliberada de obedecê-la. A falta dele muitas vezes deságua na prática de atos lesivos aos cofres públicos, de atos de corrupção, dentre outras fraudes. Portanto, é necessário trabalhar o tal “segundo elemento”.

Exatamente nesta esteira se afigura o *Compliance*. Sem embargo da crítica e sem a finalidade de estabelecer, ao menos neste momento, linha de conceituação, poder-se-ia adiantar que o *Compliance* é sistema que congrega ferramentas de governança que, tendo a ética e a integridade como sustentáculos, busca dar norte às decisões dos gestores e de todos os envolvidos em qualquer processo de gestão, na área pública ou na área privada.

O objetivo exato deste trabalho estabelecer se é possível e como é possível a Administração utilizar-se do sistema de Compliance, com o fim de trazer ética e integridade, e evitar desvios e ilegalidades, nas contratações públicas. *A priori*, tratar-se-á do histórico, conceituação e ferramentas deste sistema de governança, para que se reconheça quais são e o que proporcina. Posteriormente, este trabalho pretende ocupar-se das Contratações Públicas, explicitar seus princípios, as normas que a regem, tanto no Brasil quanto em

Portugal, traçar as suas fases de carácter geral e alguns aspectos específicos de maior interesse para o tema. Ainda, a presente Dissertação fará uma análise acurada da utilização prática as ferramentas do sistema de Compliance nos processos de contratação pública e como elas devem ser utilizadas nas várias etapas de tal conjunto de atos. Por fim, será feito levantamento acerca como Entes do Estado Brasileiro estão a criar regras, mediante força normativa, que exigem a existência de Programa *Compliance* nas empresas, indústrias, prestadores de serviços, etc. que pretendem contratar com a Administração.

## Método de Pesquisa

---

Inicialmente, necessário se mostra indicar neste trabalho qual o método de pesquisa utilizado para a sua confecção. Tal informação, como é cediço, é premente em elaborações científicas como a presente, constituídas na decorrência de um Mestrado acadêmico.

Tal referência tem o condão de levar ao analista, àquele que lê a peça, como a mesma fora constituída e a partir de quais parâmetros científicos foi possível produzi-la.

É possível notar, entendemos que o Compliance é um sistema através do qual, utilizando-se suas ferramentas, técnicas e métodos, a corporação ou o órgão público em geral produzirá caminhos que proporcionarão efetivamente àquele que ali opera obedecer a ética e a integridade e tê-las como parâmetro para as escolhas e decisões.

Tais implicativos, trazidos para o campo das contratações públicas, não se deformam absolutamente. Permanecem como o são e causam consequências as mesmas. Portanto, nesta seara, é de nosso objetivo pesquisar o Compliance como sistema de efetivação da ética e da integridade e aplicá-lo às contratações públicas.

Mais, tal análise deverá perpassar tanto pela Administração Pública brasileira quanto pela portuguesa no que pertine à utilização desta grandiosa ferramenta de gestão corporativa, com a finalidade precípua de levar de forma inafastável aquelas elementares aos contratos administrativos.

Ademais, pesquisar-se-á a forma efetiva de se implantar o Sistema de Compliance nas estruturas responsáveis pelas contratações públicas, além da maneira como se pode elaborar, empreender e desenvolver Programa de Integridade tanto nestes citados centros organizacionais como no desenvolvimento e execução dos contratos administrativos.

Neste sentido, a abordagem do trabalho terá como base a pesquisa qualitativa, porquanto trata-se de uma pesquisa que tem por parâmetro fenômenos individualizados e que não peritem qualquer dissociação de seu contexto.

Outrossim, uma vez que se trata de uma pesquisa pura e se refere a um trabalho descritivo, quanto à natureza, será elemento fundamental desta atividade, no que se refere aos procedimentos, a pesquisa bibliográfica.

Os dados referente ao presente trabalho serão coletados exclusivamente a partir de levantamento bibliográfico relacionado ao Compliance, mas também ao Estado, às contratações públicas, às ferramentas de gestão e à ética e integridade.

Desta feita, os dados serão obtidos, como mencionado, a partir de bibliografias as mais variadas, brasileiras, portuguesas e até de outros países, de sorte que a compilação deste conteúdo e do quanto pudemos aprender e absorver ao longo dos anos profissionais e acadêmicos comporão esta Dissertação.

Por fim, mostra-se como aspecto finalístico do trabalho, encontrar questionamentos e possíveis respostas através das quais, mediante acurada análise literária nos mais variados meios de informação, desde bibliografias até artigos em sítios especializados e informações na rede mundial de computadores, acerca da questão posta, qual seja, a utilização do Compliance nas contratações públicas como ferramenta de ética e integridade, a fim de que, também, seja possível auxiliar trabalhos práticos, Entes Públicos, Estados e estudos futuros.

# CAPÍTULO I – O COMPLIANCE

---

## 1.1. Breve Histórico

O termo *COMPLIANCE* é recente, pode-se apontar, uma vez que como Sistema sua utilização começou a decorrer genericamente pelos idos de 1975, quando o Comitê da Basileia buscou elementos de regulamentação do sistema financeiro internacional, diante de demanda gerada pela suspensão do sistema Bretton Woods<sup>1</sup>, segundo Manzi (2009).

Especificamente, porquanto de maior repercussão para este trabalho, nos anos 1977 os Estados Unidos da América editaram a norma denominada *FCPA – Foreign Corrupt Practice Act*, que tem como aspecto central a punição de corporações daquele país por prática de atos de corrupção em operações realizadas no exterior. Contudo, é mister observar que o aspecto de fundo deste regulamento foi prever que um sólido e efetivo programa de integridade tem capacidade de minorar os apenamentos decorrentes de ato ilícito praticado pelas empresas.

Na Europa, com o mesmo escopo, temos a edição da *UK Bribery Act* no Reino Unido, a criação da *LEI SAPIN II* em França e, mais recentemente, mas esta no âmbito da Comunidade, a entrada em vigor da *GDPR – General Data Protection Regulation*, que vai tratar de regras de proteção de dados para todas as empresas ativas na UE, vindo a estabelecer uma nova era do *Compliance digital* na região do euro.

No Brasil, o *Compliance* tem, inicialmente, ligação direta com o mercado financeiro, tendo sido utilizado, *a priori*, neste segmento, pois que os Bancos nacionais expandiram suas atividades para o mundo e, nesta ordem, careciam de obedecer a legislação exterior que já tratava do assunto.

Posteriormente, mormente com o desenrolar da operação Lava-Jato, que descortinou o maior escândalo de corrupção de que o planeta tem notícia, ação de Estado esta que fez surgir inúmeros processos penais, civis e administrativos em face de considerável parte das mais altas autoridades públicas brasileiras à época, como também

---

<sup>1</sup> Era um sistema internacional, adotado na Segunda Guerra Mundial, cujo objetivo era o desenvolvimento e o crescimento das economias nacionais. O padrão-dólar com taxas fixas de conversão era adotado pelo sistema (Pinheiro 2009).

envolveu parte dos maiores empresários e empreiteiros brasileiros, o país entrou definitivamente em rota de colisão – e de combate – com a corrupção.

Com isso, foi editada a Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, cuja questão central é a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, tanto nacional quanto estrangeira. Na esteira deste marco legal, entrou em vigor o Decreto nº. 8420, de 18 de março de 2015, o qual, em seu CAPÍTULO IV, que se inicia a partir do artigo 41, cuida expressamente DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE. Estava prevista em norma legal e devidamente regulamentada, pela primeira vez no Brasil, a atividade de *Compliance*.

Atualmente, vários Estados-Membros da República Federativa do Brasil e muitos Municípios desta mesma estrutura político-administrativa estão a editar leis ou regulamentos que exigem que empresas que contratam com a Administração necessitam, para a firmação e desenvolvimento do contrato, comprovar que detém Programa de Compliance. Como exemplo, podemos citar a Lei nº. 7.753/2017, do Estado do Rio de Janeiro; as Leis nº. 6.112/2018 e 6.176/2018, ambas do Distrito Federal; a Lei nº. 10.793/2017, do Estado do Espírito Santo; o Decreto nº. 52.555/2017, do Estado de Alagoas; o Decreto nº. 14.890/2017, do Estado de Mato Grosso do Sul; o Decreto nº. 45.385/2018, da cidade do Rio de Janeiro; o Decreto nº. 16.954/2018, da cidade de Belo Horizonte; o Decreto nº. 13.159/2018, da cidade de Campo Grande; dentre outros.

## **1.2. A Governança**

A Revolução Industrial determinou considerável reforma na estrutura das empresas, na maneira como ela passou a ser constituída e gerida. Uma das novidades advindas do fenômeno citado foi a transformação da empresa de uma estrutura pequena, pensada, comandada e executada pelo proprietário, pelo detentor do capital que a ela deu origem e sustentação, para uma organização de maior escala, em que o possuidor passou a ter que contar com a colaboração direta de novos *players*, os quais, inclusive, vieram a atuar de forma determinante para o desenvolvimento daquela corporação.

A isso a doutrina do ramo denominou Teoria da Agência, que estabelece que:

*“..., formalizada em 1976 com os trabalhos de Jenen e Meekling, é um corpo de conhecimentos que estuda os efeitos econômico-financeiros decorrentes da delegação do poder da decisão na firma. Trata-se de uma teoria que oferece um "arcabouço lógico para se*

*compreender e modelar os problemas que podem surgir [em decorrência das relações de agenciar (BARBOSA e CAMARGOS, 2003, p.23).” (Fiore, 2006: 16).*

Essa explicitação tem como fim esclarecer que a temática sob análise direta, qual seja, a governança, como bem explicitado, tem origem exatamente nos fenômenos relatados e conceituados, especialmente na reformulação do modelo societário e administrativo das empresas.

Destarte, a governança é conceituada como um conjunto de instituições, regulamentos e convenções culturais que rege a relação entre a administração da empresa e os acionistas ou outros grupos aos quais a administração deve prestar contas (Lethbridge, 1999: 2).

No entendimento da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (2002) brasileira:

*“... governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.”*

Importante ressaltar, o sentido do termo ora tratado é o mesmo quando se opera sob a denominação *governança corporativa*, a qual tem como aspecto central estabelecer princípios norteadores dos processos e das medidas de gestão. Pode ela e suas orientações indicarem caminho também à Gestão Pública.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, fundado em 1995, que congrega os maiores estudiosos brasileiros do tema, explicita:

*“A Governança Corporativa teve origem na década de 1930, com o desenvolvimento dos mercados de capitais, responsáveis por boa parte do financiamento e conseqüente crescimento das empresas. (LUNARDI, 2008, p.29). Mas a expressão “Governança Corporativa” surgiu apenas no início dos anos 90, época em que foi publicado o primeiro código de melhores práticas de Governança Corporativa. O primeiro livro com essa expressão no título foi publicado em 1995 – Corporate Governance de Monks e Minow. (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p.20).*

*As boas práticas de Governança Corporativa permitem que os investidores retomem o poder sobre a empresa e reduzam a discricionariedade dos gestores. A cadeia de comando flui do proprietário para o executor, por meio da ação dos executivos e sob mediação do conselho de administração (board). Os gestores vêem reduzida sua liberdade de ação, mas compartilham as decisões e obtêm apoio e orientação do conselho de administração, que também facilita a interlocução com os acionistas. (FONTES FILHO; PICOLIN, 2005, p.3).*

*A própria expressão “corporativa” já pressupõe um modelo empresarial pelo qual a organização é uma entidade legal, separada legalmente de seus proprietários, sendo a propriedade representada por ações. (FITCH, 1997 apud FONTES FILHO; PICOLIN, 2005, p.02). Desse modo, Governança Corporativa pode ser definida como os mecanismos ou princípios que regem o processo decisório dentro de uma organização e um conjunto de regras que visam minimizar os problemas de agência. (MARQUES, 2007, p. 13).”<sup>2</sup>*

Neste norte, para o que importa a este trabalho, basta substituir o termo *empresa* para *Administração Pública*, o termo *investidores* por *utentes (cidadãos comuns)*, o termo *executivo* por *administradores públicos* e o termo *conselho de administração* por *alta gestão dos Poderes Executivo e Legislativo*.

Evidencia-se com clareza, portanto, que modernamente os princípios da governança devem nortear a atuação da Administração Pública e dos gestores que à frente dela estão. Os conceitos de prestação de contas, de *accountability*, de equidade no tratamento dos utentes e de responsabilidade corporativa, aquela que expressa ao gestor agir com senso e atenção à estrutura em que ele está inserido, são absolutamente aplicáveis à atuação do administrador público.

Por óbvio, portanto, os processos de contratação pública também devem se sujeitar à forma e orientação propugnadas, de maneira que todos os atos deles concernentes encaminham-se sob esse norte.

---

<sup>2</sup> <https://forum.ibgp.net.br/conceitos-de-governanca-corporativa/>

### 1.3 Integridade e cultura

Quando se expressa acerca do Compliance, há que se ter em conta que é elemento fundamental do mesmo não só a ação positiva do homem no cumprimento das normas e regimentos, mas, também, a predisposição dele para agir em conformidade. É por isso que já estabelecemos, anteriormente, que não bastam as leis para que o homem aja corretamente: faz-se necessária a presença de uma solidez de caráter, de uma predisposição de espírito que o conduz à decisão retilínea quando, ao lado dela, existe a possibilidade da conduta desvirtuada.

Maquiavel, o pai da Ciência Política, asseverou:

*“Porque, assim como os bons costumes precisam de leis para manter-se, também as leis para serem observadas precisam de bons costumes.”*<sup>3</sup>

Os costumes a que se refere Nicolau Maquiavel relaciona-se, na temática ora posta, ao que chamamos de *cultura*. Esta, portanto, está intimamente ligada à forma como a pessoa humana é impelida a agir constantemente, nos mais variados episódios de sua vida.

Estima-se, por meio de noticiada pesquisa realizada pela Consultoria Deloitte, que fraudes consomem em torno de 5% a 10% do lucro líquido das companhias que não têm sólido e eficaz programa de integridade. Certamente, quando se faz uma análise acurada destes valores, o epílogo é simplesmente espantoso. Para além disso, tal índice também pode ser utilizado como paradigma para o setor público, ainda que de forma empírica, como base de análise e procedimentalização de ações de combate à fraude e à corrupção.

De se notar, portanto, que não bastam leis para combater o ilícito. Elas são deveras importantes, mas não são suficientes. Há que serem trabalhados outros aspectos, a fim de que sejam mitigados da ação humana os atos fraudulentos. Necessariamente, é mister que se tenha consciência que é indispensável, para o fim citado, que sejam desenvolvidas a ética e a integridade. É exatamente neste contexto que emerge o *Compliance*.

O pessimista, inclusive poderia apontar que pessoas propensas à fraude, em algum momento, de alguma forma, a praticarão. Esta assertiva, portanto, colocaria em xeque nossas argumentações e, sobretudo, a atuação e desenvolvimento do *Compliance*.

Ocorre, entretanto, que assim não é. A analisar a psicologia profunda, JOANNA DE ÂNGELIS (2002) preceitua:

---

<sup>3</sup> Discursos, I, 18, p. 72.

*O homem, na perspectiva da psicologia profunda, é um ser real, estruturalmente para-físico, revestido de corpo somático, que lhe permite o processo de construção de valores ético-morais e aquisições espirituais que o tornam pleno, quanto mais conquista e ascende na escala evolutiva com abandono das mazelas que lhe constituem embaraço ao progresso.*

De se asseverar, a visão acima exposta decorre de uma ciência, qual seja a psicologia. É neste sentido que entendemos o *Compliance*: como algo que, no trato da cultura das pessoas, através de valores dignos e superiores, direciona ações íntegras e conformes.

O *Compliance* traz consigo, mediante ferramentas próprias, não só o sentido de integridade, mas de *internalização e solidificação da cultura de integridade* pelos *players* envolvidos em determinado processo de gestão.

Portanto, por *integridade* entende-se a predisposição pessoal e permanente da pessoa humana de agir, influenciada por seus pensamentos e conceitos, de maneira a cumprir integralmente as regras postas tanto pela ética quanto pelo Estado, inclusive sem deixar-se influenciar, quando for o caso, por atores que estejam na condição de desvio de conduta.

Preocupamo-nos, em tal delimitação, abordar em conjunto tanto a definição oriunda especificamente da gestão corporativa quanto os aspectos psicológicos relativos ao termo.

Segundo Seligman e Peterson (2004), quem melhor estabeleceu integridade na acepção da Psicologia foi Carl Rogers. Aquele lembra:

*“Carl Rogers (1961) fez da integridade (ou congruência) a pedra fundante de sua teoria, definindo como: os sentimentos que a pessoa está experienciando estão disponíveis para ela, disponíveis para a sua consciência, e ela é capaz de viver estes sentimentos, ser eles, e é capaz de comunicá-los apropriadamente” (SELIGMAN, p. 252).*

De seu turno, a *cultura* está aboslutamene atrelada à integridade e representa um sentido amplo e geral de consolidação dos preceitos decorrentes desta na atuação quotidiana da pessoa. Refere-se, portanto, ao senso gerado no indivíduo e disseminado no grupo de agir sempre, inexoravelmente, conforme os preceito normativos e éticos.

O Sistema de *Compliance* deve, portanto, por meio de suas ferramentas, sejam elas um Código de Conduta Ética, mecanismos de exposição dos preceitos deste, métodos de recebimento, tratamento e investigação de denúncias, expedientes de *due diligence*, recursos

para mitigação de crises, etc., criar no gestor e em todos os *stakeholders* um ambiente e um rumo de consciência que os impelem à prática do correto, do ético e do legal.

Por certo, conceber e potencilizar uma cultura de integridade e ética em qualquer corporação, incluindo-se aí órgãos públicos, não é tarefa simples. Apesar das muitas variadas culturas existentes nos diversos países, porquanto os diferentes povos apresentam distintos costumes, fato é que quando se trata de *dinheiro público* a atenção é redobrada e o cuidado deve ser sempre o mesmo em qualquer lugar do mundo.

As nações pagam alto preço pelo que lhes ocasiona a corrupção. Esta existe em todas elas, em maior ou menor grau. Deloitte (2014) estimou que a corrupção impõe um gasto que representa duas vezes o PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro e perfaz 5% do PIB global.

Na Índia, por exemplo, país cuja economia é uma das que mais cresce no mundo, sendo atualmente a sétima maior do planeta em PIB nominal e a terceira em paridade de poder de compra, nota-se ainda cultura da propina (termo brasileiro), que é a materialização do pagamento de valores em troca de favor, no dia-dia das empresas e da Administração Pública.

Lamentavelmente, a *Transparency Internacional*<sup>4</sup> indica que em Índia é consumido o equivalente a 1% do PIB nacional com pagamentos indevidos a agentes do governo e os desvios de integridade impõem ao país perdas de milhões de dólares todos os anos.

No âmbito público, como se pode notar, a antítese da cultura de integridade é a malfadada corrupção. Este fenômeno social que desonra a atividade estatal, mas também a privada, e que, por meios escusos, proporciona benesses e privilégios ao devasso, tem como efeito imediato o desvio de dinheiros públicos para custeio de predileções individuais e particulares. Em verdade, trata-se, exatamente, de abstrair das pessoas mais necessitadas e menos abastadas, aquelas que carecem preponderantemente dos serviços públicos, a satisfação de suas carências básicas. É, enfim, a verdadeira fábrica de indignidade social.

*“De uma perspectiva quase que de senso comum, a corrupção significa a sobreposição dos interesses privados ao interesse público. Essa é uma forma abrangente de se conceituar corrupção, de maneira que esta asserção abarca um conjunto de práticas que podemos nomear como corrupção. Nepotismo, clientelismo, patronagem, desvio de recursos públicos, fraudes e todo o tipo de desonestidade do homem público podem ser nomeados como*

---

<sup>4</sup> [www.fraude.org/showpage1.asp?pg=16](http://www.fraude.org/showpage1.asp?pg=16)

*corrupção. Dessa forma, o conceito de corrupção é impreciso no que diz respeito à sua realidade empírica. Múltiplas práticas sociais e políticas podem ser nomeadas como corrupção, de modo que o conceito se apresenta de forma árida aos instrumentais da ciência política e da sociologia.” (FILGUEIRAS, 2008, p. 78)*

Como se verá à frente, no Terceiro Capítulo, o Sistema de Compliance tem como finalidade, especialmente nas contas públicas, estabelecer mecanismos que proporcionarão, de um lado, a construção da cultura da integridade, e de outro, o desenvolvimento de medidas de combate a fraudes e mitigação de riscos e gestão de crises.

Ademais, é imperativo esclarecer que o desenvolvimento e solidificação da cultura de integridade numa corporação depende de três elementos: repetição, fiscalização e sanção.

A *repetição* traz para a cultura o sentido de que os valores que direcionam as atividades da corporação, o irrestrito cumprimento das normas e o pensamento de que é importante e de destacada vantajosidade manter-se *em compliance* devem ser falados, divulgados, explicitados e debatidos sempre, com frequência, ininterruptamente, sem titubeios.

Ainda, a *fiscalização* permanente da efetividade no cumprimento por todos os *stakeholders* das regras estabelecidas é de importância também ímpar, porquanto, se por um lado demonstra que a organização importa-se com o que ela estabelece e prega, por outro, dá o sentimento àqueles de que a quebra das regras tanto será descoberta quanto sancionada.

Por fim, é pilar da construção e solidificação da cultura de qualquer entidade, que os desvios sejam tratados isonomicamente, mas, principalmente, com intransigência, embora, sempre com proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, é preciso que, identificados desvio e autoria, o colaborador receba a devida e pertinente *sanção* correspondente, seja ela qual for e seja ele quem for.

#### **1.4 Conflitos de Interesses**

Imagine-se o seguinte: em determinado concurso público (licitação), uma das empresas participantes, que interpôs recurso contra decisão de inabilitação por descumprimento de exigência editalícia, é de propriedade do primo do Presidente da Comissão de Licitações, que é amigo íntimo do Prefeito Municipal (similar a um Presidente de Câmara Municipal, em Portugal); mais, o Procurador Jurídico do órgão público onde tramita aquele concurso proferiu parecer pelo desprovimento do recurso administrativo. Um dia antes do jultamento do manejo recursal em questão o dono da empresa, primo do

Presidente da Comissão de Licitações e amigo íntimo do Chefe do Executivo local, convida esses dois para jantarem no restaurante mais famoso e caro de Lisboa, onde beberão vinho Barca Velha e comerão o mais bem-feito Bacalhau à lagareiro, tudo às expensas do empresário.

A pergunta é: existe conflito de interesses que enseja aos gestores públicos citados evitarem, ao menos neste momento, quando indicarão ou influenciarão diretamente o deslinde de recurso administrativo interposto pelo empresário, participarem de jantar de alto custo e pago integralmente pelo concursante?

Certamente, pessoas há que responderão *não*. Outrossim, encontra-se-á pessoas que afirmarão que *sim*. A questão a ser respondida é: diante de uma situação como esta, quais os mecanismos a serem utilizados, através dos quais é possível uma resposta objetiva para uma questão subjetiva?

É sabida a dificuldade nestas ocorrências, em que algo absolutamente subjetivo carece de uma resposta objetiva. Entretanto, há necessidade de se encontrar tal resolução. Mas, como?

Pensemos em outra ocasião fática. O Gerente Industrial da empresa A é amigo do proprietário da empresa B, sendo ambas do mesmo segmento e, então, concorrentes. Certo dia a segunda adquire um novo equipamento, uma nova máquina, que é utilizada há tempos na produção da primeira. Ocorre, todavia, que a empresa “B” não consegue fazer funcionar a contento e com eficiência o aparelho, sobretudo pela deficiência de *know how*. O proprietário citado, para corrigir o complexo problema, solicita ajuda do Gerente descrito, e convida-o para, no final de semana, quando o mesmo não está a trabalhar na empresa “A”, ir auxiliar, *como amigo*, a adversidade enfrentada. Após o amparo, com a dificuldade sanada, ambos aproveitam o final de tarde regado à Vinho Barca Velha e churrasco.

Estas ocorrências indicam a possibilidade de existência do que no Compliance se denomina *conflito de interesses*. Para que se identifique objetivamente se no caso concreto posto, neste ou em qualquer outro, existe referido conflito, há que serem analisados aspectos contingenciais presentes na situação e a identificação de elementos primordiais, como veremos a seguir.

O conflito de interesses requer a presença de uma conjuntura em que se fazem recorrentes, ao mesmo tempo, sendo satisfeitos concomitantemente, mas em posições opostas e discrepantes, gostos atinentes exclusivamente à pessoa e predileções inerente à corporação que representa.

Importa anotar, entendemos, de nossa parte, que para se identificar o conflito em questão, inaceitável e impertinente, basta a presença de situação que apenas possibilite de

alguma forma que as predileções da organização sejam ameaçadas e fiquem em segundo plano, não necessitando, na prática, prejuízo efetivo. Basta, portanto, que seja possível atingir o resultado, o interesse particular em detrimento do interesse da organização, para estar caracterizado o conflito de interesses.

A Lei nº. 6.404/1976, conjunto normativo brasileiro que dispõe sobre as Sociedades Anônimas, traz, em seu artigo 115, vaga exemplificação do que pode caracterizar conflito de interesses. Pode, porém, servir de parâmetro para a explicação que pretendemos:

*“Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.*

*§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.*

*§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.*

*§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.*

*§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.*

Há, no § 1º acima transcrito, a previsão do conceito de Interesse Social, que denota que o voto do acionista deve mostrar-se em perfeita consonância com o pretendido pela empresa.

Em termos de integridade, o Código de Prodimento Administrativo de Portugal, ao qual certamente está vinculado o procedimento de contratação pública, estabelece, no artigo 64º, medidas voltadas para a integridade. Especialmente, no número 4 de tal norma consta estabelecido:

*Artigo 64.º - Documentação das diligências e integridade do processo administrativo*

*1 - Das diligências realizadas oralmente são lavrados autos e termos, que devem conter a menção dos elementos essenciais e da data e lugar da realização da diligência a que respeitam.*

*2 - O processo administrativo em suporte de papel é autuado e paginado de modo a facilitar a inclusão dos documentos que nele são sucessivamente incorporados e a impedir o seu extravio.*

*3 - O órgão responsável pela direção do procedimento deve rubricar todas as folhas do processo administrativo e os interessados e seus mandatários têm o direito de rubricar quaisquer folhas do mesmo.*

*4 - O disposto nos números anteriores não é aplicável ao processo administrativo em suporte eletrónico, que é definido por diploma próprio.*

O Código de Contratações públicas português fixou, no artigo 67º, número 5, medidas voltadas para a proteção do Juri a possíveis conflitos de interesses de seus componentes:

*Art. 67º.*

*5 - Antes do início de funções, os membros do júri e todos os demais intervenientes no processo de avaliação de propostas, designadamente peritos, subscrevem declaração de inexistência de conflitos de interesses, conforme modelo previsto no anexo XIII ao presente Código e que dele faz parte integrante.*

Desta sorte, evidencia-se que em Portugal os integrantes do Júri, portanto, da comissão que tomará decisões relativas ao procedimento para formação do contrato administrativo, deverão assinar documento no qual conste expressamente a inexistência de conflitos de interesses. Importa destacar, tal documento, cujo modelo consta no anexo da norma, enseja responsabilidades e, caso seja falso, o risco de o jurado responder ação criminal.

A legislação portuguesa demonstra considerável cuidado com o instituto de integridade em questão. No que pertine aos titulares de cargos públicos, a Lei n.º 52/2019, em seu artigo 9.º, cuja transcrição é pertinente e segue abaixo, firma impedimentos, dentre eles alguns relacionados à contratação pública:

*Artigo 9.º - Impedimentos*

*1 - Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos estão impedidos de servir de árbitro ou de perito, a título gratuito ou remunerado, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas coletivas públicas.*

*2 - Os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos de âmbito nacional, por si ou nas sociedades em que exerçam funções de gestão, e as sociedades por si detidas em percentagem superior a 10 % do respetivo capital social, ou cuja percentagem de capital detida seja superior a 50 000 (euro), não podem:*

*a) Participar em procedimentos de contratação pública;*

*b) Intervir como consultor, especialista, técnico ou mediador, por qualquer forma, em atos relacionados com os procedimentos de contratação referidos na alínea anterior.*

*3 - O regime referido no número anterior aplica-se às empresas em cujo capital o titular do órgão ou cargo, detenha, por si ou conjuntamente com o seu cônjuge, unido de facto, ascendente e descendente em qualquer grau e colaterais até ao 2.º grau, uma participação superior a 10 % ou cujo valor seja superior a 50 000 (euro).*

*4 - O regime referido no n.º 2 aplica-se ainda aos seus cônjuges que não se encontrem separados de pessoas e bens, ou a pessoa com quem vivam em união de facto, em relação aos procedimentos de contratação pública desencadeados pela pessoa coletiva de cujos órgãos o cônjuge ou unido de facto seja titular.*

*5 - O regime dos n.os 2 a 4 aplica-se aos demais titulares de cargos políticos e altos cargos públicos de âmbito regional ou local não referidos no n.º 2, aos seus cônjuges e unidos de facto e respetivas sociedades, em relação a procedimentos de contratação pública*

*desenvolvidos pela pessoa coletiva regional ou local de cujos órgãos façam parte.*

*6 - No caso dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, seus cônjuges e unidos de facto e respetivas sociedades, o regime dos n.os 2 a 4 é aplicável ainda relativamente aos procedimentos de contratação:*

*a) Das freguesias que integrem o âmbito territorial do respetivo município;*

*b) Do município no qual se integre territorialmente a respetiva freguesia;*

*c) Das entidades supramunicipais de que o município faça parte;*

*d) Das entidades do setor empresarial local respetivo.*

*7 - De forma a assegurar o cumprimento do disposto nos números anteriores, os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos e os seus cônjuges não separados de pessoas e bens têm direito, sem dependência de quaisquer outras formalidades, à liquidação da quota por si detida, nos termos previstos no Código Civil, à exoneração de sócio, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais ou à suspensão da sua participação social durante o exercício do cargo.*

*8 - O direito previsto no número anterior pode ser exercido em relação à liquidação e exoneração da totalidade do valor da quota ou apenas à parcela que exceda o montante de 10 % ou de 50 000 (euro), e, caso o titular do cargo não exerça qualquer uma das faculdades previstas no n.º 7, pode a sociedade deliberar a suspensão da sua participação social.*

*9 - Devem ser objeto de averbamento no contrato e de publicidade no portal da Internet dos contratos públicos, com indicação da relação em causa, os contratos celebrados pelas pessoas coletivas públicas de cujos órgãos os titulares de cargos políticos e altos cargos públicos são titulares com as seguintes pessoas com as quais mantêm relações familiares:*

a) *Ascendentes e descendentes em qualquer grau do titular do cargo;*

b) *Cônjuges que se encontrem separados de pessoas e bens do titular do cargo;*

c) *Pessoas que se encontrem numa relação de união de facto com o titular do cargo.*

*10 - O disposto no número anterior aplica-se ainda a contratos celebrados com empresas em que as pessoas referidas no número anterior exercem controlo maioritário e a contratos celebrados com sociedades em cujo capital o titular do cargo político ou de alto cargo público, detenha, por si ou conjuntamente com o cônjuge ou unido de facto, uma participação inferior a 10 % ou de valor inferior a 50 000 (euro).*

*11 - O disposto no presente artigo é aplicável às sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais.*

Com efeito, a referência a *conflito de interesse* denota que o tema central é a presença de algo que ao mesmo tempo é relevante tanto para a corporação quanto para o acionista individual, mas que pode causar dano, seja ele qual for, para aquela.

Carvalhosa (2014: 215) conceitua Interesse Social como *"transcendência dos interesses individuais de cada acionista por um interesse comum a todos, definido no objetivo empresarial da companhia e nos fins sociais"*.

Como se identifica, tal conceituação estabelece quais serão os objetivos da corporação e os interesses econômicos que ela busca.

Ascarelli (2007: 226) ensina, a partir da temática utilizada como meio de exemplificação:

*“O voto é concedido ao sócio para a tutela de seu interesse como sócio; encontra a sua justificação e seu limite na comunhão de interesses”, porque - prossegue o mestre italiano – é “só no limite de seu interesse como sócio que os acionistas são (até com sacrifício de seu interesse extra-social frente ao interesse social) sujeitos à deliberação da maioria.”*

No campo da Administração Pública e no que pertine às contratações, o Interesse Social representa a agregação de todos os impositivos legais que as dirimem, além dos princípios norteantes, tanto constitucionais como firmados em norma de regência, como o próprio interesse público.

Desta sorte, o gestor público, para não atingir de morte o Interesse Social e, portanto, praticar ato conflitante como o que pretende o ente público, especificamente, para não praticar ato que indique conflito de interesses, não pode se colocar em situação que desobedeça a estes citados parâmetros.

## **1.5 Ferramentas do Compliance**

Antes de tratarmos diretamente das questões relacionadas às ferramentas utilizadas pelo Compliance para atingir os objetivos específicos que pretende, quais sejam, em geral, integridade, cultura, meios de denúncia, mitigação de riscos e gestão de crises, proteção da reputação das organizações e das pessoas que nela atuam e, por fim, investigação e sancionamentos por atos em desconformidade, necessário se faz mencionar que não pretendemos, de forma alguma, encerrarmos quais são ou quais devem ser tais ferramentas.

Temos, portanto, como objetivo, apenas elencar alguns, os que entendemos principais, com todas as *venias*, métodos e aparelhos de que pode se valer o Compliance para alcançar eficiência e resultados práticos positivos.

A despeito de opiniões contrárias, curial notar que o Compliance deve ter efetividade, deve apresentar respostas concretas e, portanto, resolutividade, sob pena de cair no limbo da beleza inútil.

Todo Programa de Compliance *a priori* deve se estruturar num bem construído *Código de Conduta Ética*. Nas mais variadas ocasiões ou à vontade de quem o elabora e o constrói, a denominação de tal carta pode aparecer variadamente como Código de Ética, Código de Conduta, Código de Posturas, etc.

Ademais, esse documento, formal e escrito, devidamente publicado e divulgado para todos os colaboradores da organização, independente do cargo ou do posto que ocupa, internos e externos, trará estabelecidos os valores da entidade, as missão e visão, além, tanto quanto possível, dos objetivos estratégicos.

Mais do que isso, essa verdadeira declaração deve apresentar como os colaboradores se orientarão nas mais variadas ações diárias de trabalho, com seus companheiros de lida, com fornecedores e externos em geral e com outros interessados; deve

indicar a forma como serão tratados e processados os documentos oficiais, os processos e procedimentos fixados, etc.

Além disso, é de bom alvitre que o Código de Conduta Ética seja escrito em linguagem acessível a todos os *stakeholders*, seja o mais conciso possível, bem como seja amplamente divulgado.

No âmbito público, com habilidade e conhecimento do cenário, das contingências e das especificidades de cada Ente, bem como o conhecimento de gestão pública e de Direito Administrativo permitirão, certamente, a elaboração de um bom Código.

Finalizado este documento, é possível pensar na escolha, na criação e na otimização de um *canal de denúncias*.

Vale lembrar, existem muitos e os mais variados canais, internos e externos, tais como e-mail corporativo, e-mail aberto, caixas de informação, hot site, número telefônico específico, caixa de correios, acesso direto aos superiores hierárquicos, dentre outros.

Os canais em questão devem sempre ser pensados sob a ótica da efetividade. Ferramentas mal escolhidas podem representar ineficiência, o que é desastroso para qualquer Programa de Compliance.

Outrossim, todo e qualquer canal de denúncia precisa ter como norte de atuação dois pontos específicos, quais sejam, *absoluto anonimato do denunciante e do denunciado e sentido de confiança*. Quando, na corporação, houver situação que indique a necessidade de implantação de processo investigativo, é preciso que o possível denunciante, ao que no Compliance se denomina *whistleblower*, tenha total segurança de que seu nome será mantido em absoluto sigilo. Note-se, portanto, a efetividade do sistema depende não só de ferramenta que assegure o sigilo mas, mais do que isso, esta segurança precisa ser transmitida aos possíveis denunciante, permitindo-lhes absoluta e total confiança.

Caso uma organização não consiga deixar certo e objetivo que seu canal de denúncias, com as ferramentas dispostas, é absolutamente seguro e leal, os potenciais *whistleblowers* se sentirão intimidados, sujeitos a futuras retaliações, o que os afastará, certamente, da realização da delação.

A experiência cotidiana na lida com denúncias em organizações demonstra que em muitos casos os denunciante são sempre os colaboradores próximos ao que comete a fraude, ao próprio fraudador, então. Em regra geral, nota-se que a notícia de fraude sempre chega através de companheiros próximos de trabalho. Muitas vezes é o subordinado que denuncia o superior. Evidencia-se, nesta linha, portanto, a importância do citado sigilo do denunciante.

Não se pode olvidar que o simples recebimento de uma queixa nada indica. O princípio da presunção de inocência, muito mais do que uma regra de direito processual penal, é direito fundamental do homem e também deve ser respeitado, sempre, nos procedimentos internos relativos a denúncias de fraude, no setor privado e muito mais no setor público, pela natureza deste.

Por isso, é premente o anonimato do delator, mas também o é, tanto quanto possível e até onde possível, o anonimato do acusado. Este deverá ser tratado com absoluto respeito e discrição, bem como deve ter assegurados todos os meios legais de defesa.

Importa anotar que os colaboradores de uma corporação, sobretudo na era do conhecimento e do valor intelectual, representam o mais valioso bem intangível que aquela detém. Sendo assim, todo cuidado é pouco com todos os trabalhadores de uma organização e, ademais, não é admissível que se perca um deles em virtude de uma denúncia vazia, infundada e até injusta.

Os mecanismos de análise de riscos são outra ferramenta utilizada pelo Sistema de Compliance. Dentre eles, destaca-se a *due diligence*, que possibilita realizar análise aprofundada acerca de pessoas físicas e jurídicas, seu passado e seu histórico, pontos positivos e negativos que carrega ao longo de sua vida, as intercorrências que marcam sua trajetória, seu capital social e movimentação financeira, os quais indicam a capacidade que têm de suportar a execução de determinado contrato, e, por fim, qual o risco inerente à firmiação de um contrato com tal pessoa.

A *due diligence* pode ser levada a efeito através de ferramentas amplamente dispostas pela rede mundial de computadores. Em alguns casos, os próprios *players* vinculados diretamente a um certo Ente Público podem, internamente, diligenciar e montar uma matriz de risco subjacente a determinado licitante.

De outro norte, atualmente existem vários instrumentais de Tecnologia da Informação – TI e BIG DATA, plataformas criadas por empresas especializadas, através das quais, mediante a entrada nestes sistemas e alguns cliques é possível fazer uma aprofundada e detalhada varredura na vida pretérita do possível contratado, de maneira a se fixar os riscos que um pacto contratual com tal entidade pode trazer ao órgão público.

É por demais evidente, que quando se elabora uma matriz de risco a partir de ação de *due diligence*, a conclusão extraída não pode ser critério único e isolado de eliminação do licitante ou concursante, salvo se tal medida estiver contemplada na lei e no Edital. Todavia, os instrumentos ora mencionados permitem antecipar os riscos existentes em certas contratações e, sobretudo, antecipar ações que proporcionam mitigar tais riscos e, por vezes, eliminar que ocorram no mundo fático.

Evidencia-se, portanto, o quão importante e interessante é o ferramental em questão, manuseado pelo Compliance em contratações públicas, mas, também, na gestão corporativa em geral, porquanto os efeitos de ocorrência caracterizadora de riscos pode significar atraso em obras e serviços públicos, retrabalho de servidores públicos, dificuldade na tomada de decisões, tudo relacionado, inevitavelmente, ao desperdício de dinheiro público.

Estruturado um Programa de Compliance, o mesmo requer monitoramento e correções. Em verdade, referido programa, depois de implantado, reclama medidas técnicas relacionadas diretamente para a sua mais eficiente *gestão*. Não basta, para a efetividade desta plataforma, que simplesmente se elabore um Código de Conduta e o coloque em funcionamento. O mesmo, portanto, carece de ser gerido, administrado, monitorado e, quando necessário, corrigido.

Estas ações ocorrem, como é notório, no decorrer do funcionamento do sistema e são, determinadamente, de caráter essencial e indispensável para sua eficácia. Programa de Compliance que não é gerido está fadado ao limbo da desconsideração e da ineficiência.

Para gerir um Programa de Compliance, é possível a utilização de alguns mecanismos relacionados, *a priori*, com a gestão da qualidade. Tendo-se em conta que aquele é, digamos, algo vivo, que sobrevive, que se movimenta, e que se movimenta sempre em círculos, por isso um *sistema*, que inclusive se retroalimenta, deve sempre ser auditado.

Essa auditoria, que analisa a efetividade de um programa como o que ora se explicita, pode ser realizada através de pessoas e processos internos, criados e executados pelo próprio órgão público e pelas pessoas que nele atuam, como também, pode ser objeto de trabalho e estudo de pessoas externas, de fora e sem qualquer vínculo com o ente. Entendemos que o primeiro é de extrema importância, porquanto proporciona contínuo cuidado. Todavia, a auditoria externa mostra-se determinante e necessária, tendo em vista que não carrega os possíveis vícios da rotina, não será realizada (não deve) por profissionais que têm ligação e convívio íntimo com os trabalhadores públicos diretamente envolvidos nos processos de contratações, e terá uma visão mais holística dos processos, das relações, das intercorrências e da integridade dos certames.

Quanto às ferramentas a serem utilizadas na gestão do programa, então, é de se consignar que nos mais variados casos e a partir do planejamento estabelecido e da habilidade do gestor, pode-se empregar os sistemas 5S e 6 Sigma, S.W.O.T., 5W2H, Matriz de Pareto, P.D.C.A., Denificação S.M.A.R.T, Diagrama de Ishikawa, C.O.S.O. etc.

W. Edwards Deming (1990) consignou que “*Sem os dados, você é apenas uma pessoa qualquer com uma opinião*”. Mais ainda, o mesmo autor estabeleceu que “*Não se gerencia o que não se mede, não se mede o que não se define, não se define o que não se entende, e não há sucesso no que não se gerencia*”

A qualidade, para além disso, a efetividade de um Programa de Compliance está diretamente relacionada com a forma e a eficiência com que é gerido, a partir dos mecanismos que são utilizados pelo gestor de maneira engenhosa. É premente e importantíssimo que o profissional atuante nesta área tenha amplos e aprofundados conhecimentos no âmbito das normas de regência, mas, também, deve conhecer consideravelmente de gestão, de administração, propriamente a dizer.

Há que se ter em mente que o Compliance perpassa com destaque por seis aspectos, quais sejam: GESTÃO DE PROCESSOS, SISTEMATIZAÇÃO, CULTURA, CRISES, MONITORAMENTO e TEMAS CONTEMPORÂNEOS. Todos eles, cada um a seu modo e com características próprias, hão de movimentar de alguma forma a atuação do Programa, de maneira que, repise-se, o domínio das ferramentas é essencial para o sucesso.

Por fim, uma grandiosa ferramenta para o Sistema de Compliance, tanto no âmbito privado quanto no mundo da gestão pública é o *Benchmarking*. É demasiado importante que os *stakeholders* que atuam dentro dos entes públicos, dirigindo, elaborando, dimensionando e movimentando as contratações públicas e os processo de que elas se utilizam, devem se alinhar com as melhores e mais eficientes práticas adotadas por outros órgãos públicos ou por empresas que se destacam no âmbito da integridade.

Logo, tais *players* devem sempre buscar essas informações e experiências em outras estruturas de gestão corporativa, de qualquer natureza, a fim de que possam trocar conhecimentos e dominar novos mecanismos de efetividade do sistema.

## **1.6 Prevenção, detecção e remediação**

A base de todo e qualquer programa voltado para o Compliance é, inevitavelmente, a CULTURA. Se por um lado não há como trabalhar integridade sem que se atue na cultura da corporação, dos seus líderes, dos seus funcionários e trabalhadores e dos seus parceiros e contratados, por outro, uma cultura apodrecida pela falta de honestidade, dignidade e honradez temina por minar qualquer estrutura e qualquer corporação.

Não se está a afirmar que se a cultura de uma certa instituição estiver avariada pela falta de integridade, todas as pessoas que atuam nela estarão também acometidas desse mal.

É evidente, ainda que em certo local o proceder seja negligente e infame, não são todas as pessoas que ali atuam que serão como tal.

Entretanto, e isso é de extrema importância, se em uma empresa ou órgão público a CULTURA for negativa, portanto, se a mentalidade geral que em regra orienta a atuação da maioria das pessoas daquele ente, e se as decisões normalmente produzidas o são sem preocupação com a integridade, inevitavelmente aquele ambiente e as medidas que dali saem possivelmente terão caráter viciado, desviado, com falta de princípios legais e éticos.

Em verdade, quem produz isso é, como citamos, justamente a CULTURA negativa que impera no local e nas atividades internas. Desta feita, o Compliance deve, primeiramente, orientar-se por atuar neste aspecto.

Neste sentido, todo Programa de Compliance deve estruturar-se no tripé *prevenção, detecção e reação*. É sempre necessário notar que o sistema sob análise requer concreto e adequado método de mitigação das mazelas da falta de integridade. Só é possível adquirir a indispensável *confiança* de todos os *stakeholders* e, com isso, solidificar um ambiente em que impere a probidade e a retidão de propósitos, quando os desvíos éticos forem trabalhados, a fim de que não ocorram fraudes e afins. Porém, em ocorrendo, que rapidamente sejam identificados e, com respeito às normas e com razoabilidade, proporcionalidade, mas intransigência, sejam devidamente reparados.

Para tanto, primeiramente é preciso que, no caso das contratações públicas, se crie, através do Compliance, amplo sistema de atuação direta na CULTURA do Ente Público, de sorte que se possa lidar e aperfeiçoar o senso de integridade das pessoas e da estrutura em geral.

Isso, inclusive, inicia-se sempre com a *alta gestão*, com as pessoas que têm sob seu poder as mais importantes e profundas decisões daquela estrutura administrativa. Por isso, é de destacado mister que ao iniciar um bom Programa de Compliance, todos os componentes da alta gerência se comprometam ampla e publicamente com as obrigações e deveres dele advindos, além do que, para além disso, subscrevam o Código de Conduta.

O compromisso dos *stakeholders* situados na mais alta estrutura administrativa é determinantemente importante para o bom desenvolvimento do programa, porquanto dá sustentação ao ambiente de cultura íntegra que se busca. Do contrário, quando os líderes não dão o devido apoio, credibilidade, atenção e sustentáculo ao Compliance, este está fadado ao insucesso.

Trabalhada com precisão a cultura, de forma contínua e hábil, com os exemplos vindos “de cima”, é possível estabelecer critérios preventivos que mitigam riscos e que buscam evitar desvíos éticos e legais.

Entretanto, ainda assim não é possível apontar com certeza que tais desvios não irão ocorrer. A conformidade sempre sofrerá ameaças, porquanto tal aspecto é da alma humana. Há que se trabalhar com afinco.

Quando ocorrem, então, desvios de conduta, o Programa de Compliance precisa contemplar ferramentas de detecção ativas e hábeis, de sorte que sejam eles identificados o quanto antes.

No ano de 1950 o penologista, sociólogo e criminologista norte americano Donald Ray Cressey, Ph.D. pela Universidade de Indiana, entrevistou 250 criminosos de todo tipo. Tais meliantes deveriam guardar ao menos uma das seguintes características: i. o indivíduo deveria ter, em algum momento, aceitado um cargo, emprego ou função de confiança; e ii. a confiança decorrente do cargo deveria ter sido violada.

Referida pesquisa perdurou por 5 anos e, ao final, o cientista descobriu três fatores: i. os criminos em algum momento apresentaram *algum problema financeiro que não era passível de ser compartilhado* com outra pessoa de seu meio ou convívio; ii. os criminos indicavam conhecimento ou consciência de que a situação enfrentada poderia ser resolvida secretamente *por violação da posição de confiança financeira recebida*, e iii. diante desses fatos, os meliantes mostraram-se capazes de *racionalizar a sua própria conduta*, de sorte que lhes era possível alinhar a sua concepção de si mesmos como confiáveis.

Com isso, foi possível ao professor Cressey estabelecer o que ficou reconhecido como o *triângulo da fraude* que em linhas gerais indica que alguém que comete burla sempre perpassa pelos três itens, quais sejam: *pressão*, decorrente do problema financeiro não-compartilhável; *oportunidade*, decorrente do posto ocupado e das atribuições dele decorrentes; e *racionalização*, advinda de uma análise superficial que leva o ator a considerar aceitável e justificável seu ato desonesto.

---

## O Triângulo da Fraude:

Um modelo para detecção de situações em alto risco de fraude



---

[http://www.pmquality.com.br/2017/10/02/compliance/compliance\\_02/](http://www.pmquality.com.br/2017/10/02/compliance/compliance_02/)

Neste contexto, temos, conforme sobredito, ainda que mais bem trabalhada possível a cultura de determinado ambiente de gestão, há risco, minorado, por certo, mas há, de ocorrer desvios de integridade.

O Compliance, por meio de suas ferramentas, criará e desenvolverá um sistema de identificação (*detecção*) da ocorrência. Já citamos, o conjunto de canais de denúncia porporcionará que chegue até os *players* competentes a infomação de que houve ou está a ocorrer falta relacionada à integridade. Porém, em situações especiais, se o ambiente for preparado e propício, a notícia pode ser obtida, inclusive, por caminhos outros não inerentes a tal canal. Não importa, pois o que é determinante é a detecção.

Em seguida, há que se ter o cuidado em tratar os dados obtidos e se resguardar as pessoas envolvidas, mas é determinante que haja *reação*, no sentido de ser investigado o fato, de ser identificado o responsável e de aplicar-lhe a correspondente sanção.

Deslizes neste caminho e nestas ações podem, assim como outros fatores já citados, levar descrédito e falta de efetividade ao Programa de Compliance, o que pode atingi-lo de morte. Portato, há que se notar que este é um grande risco de tal programa, de sorte que a proteção desse males é medida essencial.

## 1.7 A importância do líder-compliance

Não há Programa de Compliance sem líder-compliance. Não há, jamais, em qualquer instituição ou órgão, um programa efetivo de Compliance sem que os líderes, aqueles que têm sob sua égide e sob seu mando grandes decisões e regência das equipes operacionais, estejam absolutamente envolvidos e aderentes ao sistema e às suas implicações.

Em artigo publicado na Harvard Business Review da edição brasileira do mês de julho de 2019, os professores PAUL HEALY<sup>5</sup> e GEORGE SERAFEIM<sup>6</sup>, da escola de negócios de Harvard, tiveram oportunidade de trazer com dados precisos e com assertividade sem igual a importância da liderança nos processos de cumprimento da integridade e da ética nas estruturas organizacionais.

No artigo citado, os pesquisadores sêniores concluem, ao narrar fato ocorrido com a gigante norte-americana do ramo financeiro de varejo Wells Fargo, que terminou por impor à mesma uma multa de US\$ 185 milhões, gastos em torno de US\$ 575 milhões em ações judiciais, queda no valor das ações de 13%, crise de capitalização em cerca de US\$ 20 bilhões, estagnação mesmo que num ramo que crescia consideravelmente e, por fim, colapso reputacional, que *“A improbidade teria se instalado amplamente no banco de varejo mesmo se a Wells Fargo tivesse sistemas de controle e de gestão de risco supervisionados por seu conselho de diretoria.”*, isso porque, a partir de uma investigação solicitada pelo conselho, descobriu-se que *“...os culpados eram uma cultura corporativa perversa, uma estrutura organizacional descentralizada e uma liderança fraca.”*<sup>7</sup>

É evidente que, embora a citação se refira a ocorrências acontecidas no mundo corporativo, não é possível asseverar que no mundo da Administração Pública, mais, em procedimentos de compras públicas, não acontecerá. Aliás, como se tem notado no noticiário em geral, ocasiões de fraudes, atos de corrupção, lavagem de dinheiro e outros ilícitos acontecem, infelizmente, com considerável frequência também no âmbito do Estado.

Diante disso, é imperioso concluir-se que os estudos em questão e, mais ainda, os resultados obtidos que corroboram com medidas protetivas, também podem e devem ser utilizadas, com as adaptações contingenciais, se necessárias, na mencionada seara pública.

---

<sup>5</sup>[https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Paul\\_M.\\_Healy&prev=search](https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Paul_M._Healy&prev=search)

<sup>6</sup><https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://www.hbs.edu/faculty/Pages/profile.aspx%3FfacId%3D15705&prev=search>

<sup>7</sup> <https://hbrbr.uol.com.br/como-deixar-sua-empresa-a-prova-de-escandalos/>

No mesmo artigo citado, os autores explicitam:

*“... Os crimes de colarinho branco – como fraude, apropriação indébita, suborno e lavagem de dinheiro – destruíram quantidades enormes de valor para os acionistas de empresas como Alston, Odebrecht, Rolls-Royce, Siemens, Telia, Teva Pharmaceutical, VimpelCom e Volkswagen. Somando todas, as perdas chegam a bilhões de dólares. As sanções legais que as empresas estão sujeitas podem ser significativas... Sem contas os recursos corporativos: o tempo e energia que a gestão precisa dedicar para limpar a sujeira e negociar acordos em vez de se preocupar com a concorrência, os prejuízos na reputação, impacto nas vendas, lucros e valor das ações, redução no envolvimento dos funcionários, produtividade e aumento da rotatividade de funcionários. Uma pesquisa realizada por Jonathan Karpoff e outros, da University of Washington, mostra que esses custos são maiores que as penas legais.”<sup>8</sup>*

Por mais que se queira buscar aproximar qualquer valor correspondente às perdas que o Estado tem periodicamente em virtude da quebra da integridade, por mais que pesquisas tenham ido à procura, ainda que adjacente, a este valor, é inegável que a Administração perde bilhões e bilhões de Euros, portanto, muito mais do que se pode conceber, com fraudes e atos de corrupção em compras governamentais.

Entretanto, neste aspecto há um contingente: essas perdas, esse desvio de dinheiros públicos, refletem sobremaneira na vida das pessoas cujo poderio econômico é degradante e humilhante, aquelas que mais necessitam dos serviços prestados pelo Estado, aquelas as quais, se o Estado não lhes dispõe, lhes falta. E morrem por esta falta.

Assim, este trabalho também tem tal condão, o de participar diretamente de tal discussão, de trazer à baila o problema central dos efeitos da corrupção e do desvio ilegal de verbas públicas e de proporcionar dividendos voltados para a melhoria na vida das pessoas hipossuficientes e, portanto, mais necessitadas.

Sendo assim, quando se tratar de Compliance no âmbito público, de cumprimento da ética, da integridade e da probidade, os mandatários devem buscar escalar nos postos centrais, naqueles postos em que se exerce atribuição de chefia e liderança, pessoas que tenham compromisso efetivo direto com tais valores. Além disso, é preciso que se trabalhe a cultura da honradez e da retidão em todos os âmbitos, tanto no nível operacional, mas

---

<sup>8</sup> <https://hbrbr.uol.com.br/como-deixar-sua-empresa-a-prova-de-escandalos/>

também no nível estratégico e tático, nos quais encontram-se o que por ora denominados de *liderança*.

Aliás, é preciso que tratemos, ainda que superficialmente, sobre esse tema. A Administração Corporativa desde muito consignou que sua estrutura administrativa, no que pertine aos colaboradores diretos, funcionários, portanto, guarda uma divisão clara e conceitual que abarca três níveis: estratégico, tático e operacional.



<https://wiki.redejuntos.org.br/trails/fazer-gestao-de-projetos-estrategicos>

Aqueles *stakeholders* a que por momento denominamos líderes-compliance e sobre os quais fixamos estratégica e determinante responsabilidade pela efetividade do Programa de Compliance, situam-se exatamente nos primeiros dois níveis e, excepcionalmente, dependendo da maneira como particularmente a instituição se constitui, até no terceiro.

Logo, cada organização deve identificar, dentre de suas particulares características, e posicionar os seus líderes e para estes, inclusive, portanto não só com o pessoal do *operacional*, elaborar plano de trabalho e treinamento voltado para solidificação de cultura de ética e integridade.

Em geral, temos por orientação que, no que pertine à treinamentos desta natureza e com tal objetivo, muitas vezes é mais eficiente que os líderes sejam treinados pelos integrantes e construtores diretos do Programa de Compliance e, aqueles próprios, treinem e preparem seus subordinados, com apenas supervisão e acompanhamento.

HEALY e SERAFEIM (2019) ainda observam:

*“... No entanto, na prática, apenas o aumento na regulamentação e controle não garante que esses crimes sejam detectados antecipadamente ou evitados. Na verdade, as evidências informais como os dados indicam que o crime de colarinho branco não só está atuante, como também crescendo. Numa pesquisa realizada em 2018 pela PwC, 49% das 7.228 organizações relataram que tinha constatado crimes econômicos e fraude no ano anterior – até 30% das organizações numa pesquisa de 2009 – e que mais de metade dos casos perpetrados eram ‘atores internos’. Enquanto isso, histórias sobre crimes de colarinho branco – incluindo acusações de que os funcionários da Goldman Sachs estavam envolvidos na fraude multibilionária na Malásia, em que o Deutsche Bank ajudava os clientes a transferir dinheiro de atividades criminosas para paraísos fiscais, e que a Airbus se envolveu em práticas contratuais corruptas – continuam a proliferar na mídia.*

*No entanto, a principal causa do problema não são regulamentações e sistemas de compliance ineficientes. São as lideranças fracas e ineficientes da cultura corporativa.*

*Na verdade, nossa pesquisa revela que muitas das empresas atingidas por grandes escândalos tinham controles similares aos de outras empresas e, como a Wells Fargo, haviam recebido alertas prévios de problemas iminentes. Mas em cada uma dessas empresas, a cultura de obter dinheiro a todo custo superou qualquer preocupação sobre como as metas eram atingidas.*

*Nos últimos dez anos, estudamos crimes de colarinho branco e exploramos formas de as empresas criarem um ambiente para desencorajá-los.... Em nossa pesquisa descobrimos novamente que, embora os sistemas de compliance sejam importantes, a liderança desempenha um papel crítico em moldar as atitudes da organização em relação à prevenção de crimes e suas respostas quando um delito é detectado. No entanto, é comum os executivos se eximirem de suas responsabilidades.”*

Para além da efetividade e da precisão do Programa de Compliance, fato é que ele existe somente se estiverem *as pessoas certas* envolvidas. Identificamos, portanto, que o processo de cumprimento da ética e da integridade em qualquer organização, e também nas contratações públicas, depende do dueto *cultura-pessoas*.

Não se pode perder de vista que o Compliance tem como aspecto essencial a absoluta e irrestrita aderência de todos os envolvidos, direta ou indiretamente. Entretanto, é dever da alta gerência da estrutura administrativa em que é implantado certo programa estar, todos os componentes, totalmente sujeitos às implicações de tal sistema.

Inclusive, em ordem prática, sempre que se vai implementar um Programa de Compliance, entendemos que as duas primeiras medidas estruturantes são uma aprofundada análise de risco e, sobretudo, a criação do Código de Conduta Ética, sobre o qual já expomos neste trabalho de pesquisa.

Depois de elaborado este Código, é de se buscar explicitá-lo aprofundadamente primeiro perante todo o corpo da alta gerência e, por consequência, colher no documento a assinatura, a subscrição simbólica, dos integrantes deste conjunto de pessoas, de maneira a demonstrar para o *tático* e para o *operacional* que os níveis superiores de decisão estão engajados sob todos os aspectos com o que aquilo é e representa.

A título de exemplo, no Grupo Ambar Amaral, instituição empresarial brasileira de destaque, atuante no agro-negócio e que atualmente congrega mais de 700 colaboradores, entre funcionários, prestadores de serviços e parceiros, em que tivemos a responsabilidade pela elaboração e desenvolvimento do Programa de Compliance, realizou-se ato formal em que, depois de expostas as bases, depois de esclarecidos os pilares deste sistema e as políticas que o compõem, foi assinado pela alta gestão, na presença de todos os líderes, o documento que organizou a plataforma de integridade citada.

Para além de tudo o que se explicita, fica claro no estudo da Harvard Business Review relatado, que a fraude acontece pela deficiência na *cultura*, com a presença inequívoca dos elementos da *tríade da fraude*<sup>9</sup>, junto com a fraqueza na liderança e na ineficiência dos líderes e executivos de tomarem as medidas precisas na oportunidade posta.

Novamente a citar a experiência do Grupo Ambar Amaral, dentre os pilares que foram estabelecidos no Programa de Compliance, a sustentarem esta estrutura de ética e integridade, foi inserido o elemento *intransigência*. Em verdade, tratam-se de quatro pilares,

---

<sup>9</sup> O artigo demonstrou com riqueza de detalhes a ideia de *obter dinheiro a todo custo*, que representa o elemento *Pressão – Força financeira ou emocional que encoraja a fraude* do triângulo da fraude.

quais sejam, os criados por nós 4Is (“*fouris*”), *integridade*, *isonomia*, *intransigência* e *idoneidade*.

A intenção de estabelecer tal coluna de sustentação se deu com o fim de solidificar que observada a possibilidade da ocorrência de um ato de fraude de qualquer *stakeholder*, havendo elementos mínimos sólidos, de forma inalienável deverá ser aberta uma investigação, que respeitará o contraditório e a ampla defesa do acusado, com fulcro nos princípios democráticos e de cidadania, mas cuja sanção cabível será aplicada de maneira *intransigente*. Portanto, não haverá, desta forma, nem conflito de interesses a prejudicar a corporação e muito menos fraqueza do líder, do gestor responsável.

Desta feita, então, é possível proteger-se das dificuldades e dos problemas encontrados com esmero na pesquisa dos professores HEALY e SERAFEIM.

O líder-compliance, portanto, é indispensável para a efetividade e o sucesso do Programa de Compliance de qualquer estrutura ou corporação, de maneira que, ocasionalmente, seus desvios podem infectar o grupo e trazer prejuízos de ordem financeira, mas também de ordem reputacional à organização.

Para além disso, o *líder-compliance* conceitualmente pode ser reconhecido como aquele *colaborador que tem sob seu mando e sua égide decisões estratégicas ou táticas de certa corporação, geralmente tem atribuição de chefia ou direção, sob suas ordens estão pessoas que atuam direta ou indieramente em favor daquela organização e que, na atuação periódica, tem como inegociável norte de ação a ética e a integridade e se preocupa em dar exemplo neste sentido aos seus liderados.*

## **CAPÍTULO II – AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

---

### **2.1 O Estado e suas necessidades em termos de contratação pública**

O Estado, em qualquer lugar do mundo, é um consumidor contumaz. Aliás, sob a ótica econômica, além de ser um consumidor ferrenho, normalmente é um gastador irresponsável, perdulário, propriamente a dizer. Diariamente, a máquina administrativa consome, alimenta-se, satisfaz-se e, por isso, contrata.

No sistema socialista, portanto, de economia planificada, em virtude da ótica centralista e centralizadora, o Estado é ainda maior consumidor do que nos sistemas liberais e capitalistas, ainda que isso possa parecer uma ambiguidade.

Neste sentido, as atribuições gerais do Estado, os serviços públicos, a segurança pública, o exercício do poder de polícia, a expedição de atos regulamentadores a lei, a exposição clara e precisa de sua agenda e de suas ações, dentre outros possíveis, em maior ou menor grau, utilizam-se em todo momento de produtos, de serviços, de construção de obras, etc.

Uma escola precisa ser construída, ou pelo próprio ente estatal ou por uma empresa contratada para tal. Em seu desenvolvimento, a escola precisa diariamente de asseio e conservação, portanto, precisa ser limpa. Na limpeza, utiliza-se produtos de higiene e faxina os mais variados. Para fornecer alimentação aos alunos e até aos trabalhadores, há a necessidade de aquisição de gêneros alimentícios, por óbvio. Caso seja danificada alguma dependência daquele local, o conserto deve ser imediato, para não colocar em risco a vida de estudantes e funcionários. Tal remendo, excepcionalmente será realizado por um trabalhador vinculado diretamente ao Estado, ou, normalmente, por um prestador de serviço chamado *terceirizado*. Tudo isso, portanto, para exemplificar, denota serem simplórios fatores essenciais ao funcionamento de uma escola mantida pelo Estado, requer medidas administrativas de *contratação*.

Poder-se-ia, outrossim, pensar que a estrutura estatal carece de construir pontes, rodovias, ferrovias, hidrovias, etc.; carece de dispor à população atendimento hospitalar, atendimento médico, remédios, etc.; necessita disponibilizar aos cidadãos em geral transporte coletivo, segurança, moradia, etc.; por fim, o Estado precisa manter diariamente seu arcabouço burocrático grandioso, para tanto, carece adquirir material de trabalho,

mobiliário, equipamentos, veículos (normalmente os mais luxuosos), dentre tantos outros elementos.

Para além dos efeitos advindos do fato de que o corpo estatal é um consumidor obstinado que, muitas vezes fora de controle, termina por levar derrocada à economia de muitos países mundo afora, o que nos interessa é que, independente do conjunto de regras legais que estabelecem a forma como devem ser as compras e contratações públicas, é necessário concluir que se existem compras estatais existem contratações públicas decorrentes de processos administrativos.

As contratações públicas, portanto, impõem que o Estado realize determinado processo administrativo, com suas particularidades, fases, imposições e necessidades, a fim de satisfazer suas exigências básicas, que determinam a manutenção de sua existência.

Ainda que se quisesse buscar alternativa, outro caminho não resta ao corpo estatal, sobretudo para que suas finanças sejam devidamente controladas e atendam eminentemente ao interesse público, senão que suas compras e contratações de obras e serviços em geral sejam realizadas mediante processo fixado previamente em lei e que obedeça a alguns princípios e critérios básicos.

Todo esse conjunto metódico normatizado de atos tem um fim específico: gerar um contrato administrativo, cujo objeto busca satisfazer as necessidades do Estado, identificadas a partir das carências da sociedade.

O processo de contratação pública expõe o ente estatal a alguns riscos, os quais têm a capacidade de causar desde um simples e descuidado descumprimento da norma até a usurpação dos dinheiros públicos e, então, a ocorrências de atos ilegais e criminosos os mais destruidores e graves.

Para que sejam *previstos, evitados*, quando ocorridos, ainda assim, *informados, investigados* e devidamente *punidos*, esses atos ilegais e criminosos acontecidos dentro de processos de contratação pública, é de ser utilizado o Sistema de Compliance, de sorte a estabelecer medidas de gestão corporativa, de ética e integridade e de construção de cultura de valores perante as organizações e estruturas que realizam tais processos.

## 2.2 A Administração Pública

O Estado, como cediço, é um organismo complexo, imaterial, intangível, criado para, em sentido *lato*, a manutenção e a organização da sociedade. Logo, é possível afirmar, de forma genérica, que o Estado existe para as pessoas.

É neste sentido o pensamento de Bresser-Pereira (2009, p. 17), que estabelece:

*“Nas democracias avançadas o Estado não é independente da sociedade, nem está acima da sociedade, mas é uma expressão da sociedade civil – uma expressão de poderes relativos que os indivíduos detêm por controlarem as organizações da sociedade civil, os recursos econômicos ou de capital, e o conhecimento. (Bresser-Pereira, 2009, p.17)”*

Do ponto de vista social, Jellinek (2000, p. 194) ensina que Estado é *“a unidade de associação (Verbandseinheit) dotada originariamente de poder de dominação e formada por homens assentados em um território”*

Em termos conceituais, mormente para o que interessa para este trabalho, podemos nos utilizar do conceito de Estado estabelecido por Bresser-Pereira (2009, pp.15-16)

*“O Estado é [em sentido estrito], a organização ou o aparelho formado por políticos e servidores públicos dotados de poderes monopolistas para definir e fazer cumprir a lei sobre os indivíduos e as organizações de um dado território nacional. Em sentido amplo, o Estado, além de ser essa organização burocrática que é a única dotada de poder “extroverso”<sup>13</sup>, é a soma das instituições, partindo da constituição nacional e definindo o sistema jurídico, o sistema de direitos e obrigações ou as regras do jogo social. A cada forma de Estado nesse sentido amplo corresponde um sistema político ou um regime político.”*

O Barão de Montesquieu (2005: p. 97) notabilizou-se, dentre outros feitos, por designar a teoria da separação dos poderes do Estado. Assim escreveu:

*“Há em cada estado três tipos de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das nações e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil.*

*Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou abroga aqueles que são feitos. Pelo segundo, ele faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, evita invasões. Pelo terceiro, punha os crimes ou julga os diferentes indivíduos. Este último será chamado de poder judicial; e o outro, simplesmente o poder executivo do estado.”*

Ao fazê-lo de tal forma, terminou que especialmente o Poder Executivo recebeu como função típica, porquanto os demais poderes a realizam, mas sob caráter atípico, portanto, não específico, a Administração Pública, que é reconhecida por Hely Lopes Meirelles (2007, p. 65) como:

*“Administração Pública – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.”*

Com o fim de ser eficiente e de deveras satisfazer os propósito para o que fora criado, portanto, o Estado estabeleceu uma estrutura administrativa que engloba todo o seu aparato. A isso convencionou-se denominar Administração Pública.

Logo, a Administração Pública (preferimos o termo em letra maiúscula, pois que expressa melhor o sentido em tela) tem como aspecto determinante a execução das funções administrativas do Estado, de elaborar e mecanizar os serviços públicos, a segurança pública e o poder de polícia, sempre em prol da sociedade.

A expressão “administração pública” possui, entretanto, conforme ensinamentos de Di Pietro (2009; p. 102), dois sentidos:

- o sentido subjetivo, formal ou orgânico: em que é grafada com letras maiúsculas, isto é, Administração Pública, e que indica o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado; e
- o sentido objetivo, em que o termo é grafado com minúsculas (administração pública), sendo usado no contexto de atividade

*desempenhada sob regime de direito público para consecução dos interesses coletivos (sinônimo de função administrativa).*

Por sua vez, as contratações públicas acontecem quando o Estado está no exercício da Administração Pública e enseja, portanto, que esta é a responsável por aquela. Nesta ordem, é também encarregada de, na sua estrutura e dentro de suas atribuições, perante os seus responsáveis (agente públicos), preparar e organizar as contratações públicas e o Programa de Compliance, com as respectivas políticas, que as direcionarão e as protegerão dos riscos nefastos das ilegalidades e dos crimes.

### **2.3. O processo de contratação pública**

Em sendo um grandioso consumidor e por estar sujeito a um determinado conjunto de atos pré-estabelecidos para adquirir os produtos, os serviços ou as obras de que necessita, o Estado deve contratar. Dentre os mais variados temas que trazem certa polêmica no que pertine aos contratos públicos está a dúvida se aquele conjunto de atos que lhes dão origem e que lhe tem por fim é classificado como processo ou como procedimento.

A questão é tão controversa que, como se notará, há aqui acentuada diferença entre o que o Direito Administrativo e os doutrinadores deste ramo em Portugal e no Brasil estabeleceram. Com efeito, evidencia-se taxativamente, desde logo, que enquanto no segundo os contratos públicos advém de um *processo*, afinal, é assim como lá se entende, o qual se denomina *licitação*, no primeiro tais pactos contratuais decorrem de um *procedimento*.

Para melhor eficiência na exposição, primeiramente trataremos dos pormenores relativos ao Brasil.

A despeito de no Brasil, no passado, já se ter tentado definir licitação como instituto de direito financeiro, então, com essa natureza jurídica, em virtude de ser ela preceito para o contrato público, bem como, embora já se tenha empenhado no sentido de estabelecer que a licitação é ato-condição, porquanto, seria ela um conjunto de atos que busca outro fim, qual seja, a adjudicação, fato é que se reconhece atualmente que a sua natureza jurídica é de direito administrativo, e é verdadeiro *processo*, tendo em vista que estabelece *contraditório* dentro de uma sucessão metódica e cronológica de atos que almejam um mesmo fim.

Conquanto se tenha por interesse analisar precisamente os termos e adequá-los de tal forma ao que se trata, nota-se, em realidade, que em sentido lato *processo* e *procedimento* são expressões de uma mesma noção ou cousa.

Todavia, sob o ideal científico, estabeleceu-se que no processo há presença de contraditório, enquanto que no procedimento não. Este contraditório a que nos referimos deve ser reconhecido, conforme ensina Tarsis Cerqueira (2012) aquele em que “o contraditório não deve ser compreendido somente como a possibilidade de participação em paridade de condições, mas também como a influência e a relevância destas manifestações para o provimento.”. Então, identifica-se, resumidamente, que o fator *contraditório* permite que as pessoas integrantes realizem suas próprias escolhas e possam, de alguma forma, ainda que, sempre com respeito a lei, influenciar outras pessoas ou partes.

Não se pode olvidar que vários doutrinadores do mais destacado gabarito como Sayagués Laso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Adilson de Abreu Dallari precisaram que licitação é *procedimento*.

De outro turno, mas sem conflito aparente, somente com um pouco mais de preocupação com o aspecto técnico-conceitual moderno, atualmente Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho preveem que licitação é *processo*.

A Lei 8.666/1993, a denominada Lei brasileira de Licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo 3º, § 5º, denominou tal sucessão de atos como processo, como é possível concluir do texto:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[...]

§ 5º Nos **processos de licitação**, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

[...]”

Entretanto, o legislador brasileiro não ajudou no sentido de direcionar solução para esta polêmica. Isso porque, na mesma Lei 8666/1993, fixou:

“Art. 4<sup>º</sup> Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1<sup>º</sup> têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente **procedimento** estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

*Parágrafo único.* O **procedimento licitatório** previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.”

No escólio de Cândido Rangel Dinamarco (2009), processo é procedimento realizado sob amplo e irrestrito contraditório, de maneira que, nem todo procedimento é processo, mas todo processo é procedimento. Portanto, estar-se-ia a tratar de gênero de uma espécie, de sorte que é mais preciso fixar que a licitação como um verdadeiro *processo*, respeitando-se profundamente as opiniões diversas.

Comparativamente, em Portugal não há dúvida que se considera *procedimento* a sucessão de atos que culmina com o contrato público. Talvez isso decorra do fato de que, enquanto no Brasil o legislador preocupou-se em construir normas que têm por objeto central o processo, no país europeu o legislador teve como norte o contrato administrativo em si.

Não há, sob nosso sentir, erro algum nisso. Essas diferenciações, em verdade, enriquecem o Direito Administrativo e o estudo da Administração Pública e proporcionam, a partir das experiências de cada um, fabuloso *benchmarking* e melhoras eficientes na gestão.

A afirmativa relacionada a Portugal é extraída do conteúdo do Decreto-Lei nº. 111-B/2017, qual seja, do Código dos Contratos Públicos, em conjunto com o Decreto-Lei nº 4/2015, isto é, o novel Código de Procedimento Administrativo.

Neste país, portanto, sem dúvida alguma a pairar, a sucessão de atos que culmina com um contrato administrativo é denominada *procedimento*, vez que tanto a lei especial assim estabelece, como ela própria fixa que para a sua aplicação, obedecer-se-á o Decreto-Lei nº. 4/2015, cujo nome leva a expressão *procedimento*.

Em resumo, pois, a contratação pública é o fim designado para proporcionar ao Estado o mecanismo através do qual, por meio de contratos administrativos decorrentes de

atos sucessivos estabelecidos em lei, poderá adquirir os bens, os serviços e as obras de que necessita para sua sobrevivência e desenvolvimento.

## **2.4 Principais fases**

Embora não se tenha a intenção de apontar cinco, no que pertine à definição de processo ou procedimento para a sucessão de atos que dão nascedouro ao contrato administrativo, tanto no Brasil quanto em Portugal, melhor nos parece, então, fixar que se trata de *processo*.

Tal aspecto é de extrema importância para o que pretende este trabalho, como não menos a fixação de critério técnico que identifica de forma ampla as fases desse processo, uma vez que, como objetivamos estabelecer não só teoricamente, mas também na prática, o Compliance e suas ferramentas nas contratações públicas, parece-nos ficar mais claro tratá-las sob a ótica de tais estágios.

O faremos, vale anotar novamente, tendo em conta o processo de contratação pública tanto no país sul-americano quanto no país europeu citado, aliás, países que entre si guardam aspectos históricos de extrema relevância, fatores que deveriam torná-los mais próximos, mais unidos, inclusive no aspecto econômico, o que não ocorre, infelizmente, sobretudo por conta da ineficiência dos governantes e dos respectivos órgãos de relações internacionais.

A legislação portuguesa referente às contratações públicas sofreu destacada reforma estrutural recentemente. Foi em 8 de janeiro de 2018, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017, que se iniciaram os efeitos do novel Código de Contratos Públicos.

Esse marco histórico recebeu louros da comunidade jurídica portuguesa e europeia, porquanto representou baliza para o Direito Administrativo de toda região do Euro, com suas relevantes contribuições para a adequação, modernização e melhoria do processo de aquisições públicas.

Vale ressaltar, inclusive, uma seleção de juristas portugueses militantes no Direito Administrativo reuniu-se para a elaboração da norma.

Por força dos artigos 4º, item 1, e 5º., item 2, do chamado Tratado de Lisboa (da União Europeia), os países que compõem a União sujeitam-se às suas orientações normativas, a que chamam de regras *Diretivas*.

Importa expor que a legislação dos países que compõem a União Europeia deve seguir, por força, eminentemente, dos Tratados, as diretivas elaboradas e colocadas sob efeito pelo bloco. Logo, uma vez criada norma pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho, conforme o caso e a competência, os Estados Membros devem, ao elaborar uma sua, seguir os princípios e nortes fixados naquela.

Na prática, funciona como a Constituição Federal brasileira em relação à legislação criada pelos estados-membros da Federação, vez que estes devem seguir as disposições estruturantes daquela Carta quando criam leis e afins.

Não é demais observar, a estrutura da União Europeia não implica aos países que a compõem a renúncia ao sagrado elemento da soberania (que o TUE chama de *autonomia*, sem se preocupar com o aspecto científico-político). Mantêm eles a soberania, certamente, porquanto, inclusive, trata-se de aspecto fundamental, de pressuposto da existência dos Estados como eles são. É o que consta no artigo 4º, item 2, do Tratado da União Europeia:

*2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.*

Em verdade, todo este conteúdo está contido, conjugadamente, nos *princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade* previstos no TUE e expressado no artigo 5º. do documento, em seus itens. Cumpre dar ênfase aos que se seguem:

*Artigo 5.º (ex-artigo 5.º TCE)*

*1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.*

*2. Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.*

*3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.*

*As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.*

*4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.*

*As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.*

É resultante desta organização que o espaço territorial conjugado de todos os países que compõem a União é livre, absolutamente, sem fronteiras internas, de maneira que pessoas, dinheiros, bens e serviços podem circular livremente. Com isso, as compras públicas sofrem ampla divulgação e publicidade em todo o território comum, bem como a regra é que interessados de quaisquer países podem participar dos processos e serem adjudicatários em concursos de todos os Estados Membros.

No que pertine à União Europeia, as disposições que orientam as compras públicas estão contidas nas Diretivas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, as três de 26 de fevereiro, e 2014/55/UE, de 16 de abril, todas do Parlamento Europeu e do Conselho,

relativas, respetivamente, à adjudicação de contratos de concessão, aos contratos públicos, aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transportes e serviços e à faturação eletrónica nos contratos públicos.

Foi a partir das diretrizes contidas nessas normas, então, que se elaborou o Decreto-Lei nº. 111-B/2017, Código dos Contratos Públicos português.

Feito tal resumo perfunctório da base legal e suas implicações relacionadas às contratações pública na Europa e como influenciam na regulamentação em Portugal, é premente esclarecer que no Decreto-Lei nº. 111-B/2017 houve-se por bem criar cinco procedimentos pré-contratuais, entendidos como modalidades de ritos que proporcionam o contrato administrativo.

Em todos eles – como no Brasil – há um ponto em comum: a Administração primeiro prepara, digamos, planea, realiza medidas preparatórias atinentes ao processo e, em seguida, no caso de Portugal, com a publicidade do que a lei chamou *Caderno de Encargos* (a norma brasileira denomina Edital), externaliza tal processo.

Esse é um ponto crucial para o presente trabalho, como se verá à frente, pois que o Sistema de Compliance e suas ferramentas, dentre elas o próprio Programa de Integridade, recairá detidamente não sobre cada fase específica do processo de contratação, mas sim, sobre as duas grandes etapas, quais sejam a *interna* e a *externa* do processo de contratação.

Neste sentido, a preocupação desta dissertação é fixar as fases interna e externa do rito de contratação e, analisando ocorrências específicas em cada uma delas, aplicar, por exemplo, o Código de Conduta ética como um todo, a análise de riscos e elaboração de uma matriz própria, a realização de *due diligence*, a elaboração de um plano de gestão de crise (se necessário), etc., todos elementos de Compliance.

Frise-se, nossos estudos nos permitiram concluir que há bibliografias e artigos tanto no Brasil quanto em Portugal que tratam do Compliance nas contratações públicas. Não encontramos, contudo, manuais que cuidam especificamente das ferramentas existentes em tal Sistema e como elas podem ser aplicadas na prática nas contratações governamentais.

É esse, então, nosso objetivo, a fim de que aqueles que atuam diretamente nesses processos possam conhecer o Compliance, como é esse sistema, quais são seus instrumentos e como eles podem de fato serem utilizados no dia a dia da Administração Pública.

Demais disso, então, no Brasil o processo de contratação pública está previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual expressa, inclusive, quais são os entes que a ela estão sujeitos:

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

*[...]*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado, finalmente, depois da edição de várias outras normas, pela Lei 8666, de 21 de junho de 1993, sob os auspícios dos princípios elencados no artigo 3º.:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Na legislação brasileira, portanto, o processo de contratações do Estado ganhou um nome: Licitação.

Já nos manifestamos sobre esse aspecto, o país sul-americano preocupou-se em criar uma norma que teve como foco o rito, independente ao que ele se destinava, que ficou em segundo plano, enquanto que em Portugal o legislador ficou afeto ao objetivo do processo, qual seja, a consecução do contrato administrativo.

Em relação às modalidades licitatórias, a Lei 8.666/93 estabeleceu cinco, quais sejam, Convite, Tomada de Preços, Concorrência, Concurso e Leilão, cada qual com suas particularidades, enquanto que a Lei 10.520/2002 foi responsável por conceber a espécie Pregão, cuja forma *eletrônica* foi recentemente regulamentada pelo Decreto nº. 10.024/2019.

Os países em tela não fizeram diferente, entretanto, no que pertine às duas grandes fases processuais (ou procedimentais) das contratações públicas, já citadas, de maneira que é possível afirmar que também no Brasil a licitação denota, em âmbito geral, a *fase interna*, preparatória e recorrente “dentro” somente da Administração, e a *fase externa*, que se inicia com a publicação de *Edital*, e a partir da qual vêm para o processo os terceiros interessados.

Tudo isso para estabelecer, portanto, que nossa análise, subjacente à aplicação do Compliance nas contratações públicas, repise-se, não analisará as etapas específicas do processo e de cada modalidade de rito ou de licitação, mas sim, considerará que tais processos revelam dois estágios, sobre os quais as ferramentas do Compliance serão efetivamente empregadas.

## **2.5 O contrato administrativo como fim do processo de contratação pública**

Anteriormente, estabelecemos uma linha de análise diferenciadora entre a essência do processo de contratação pública no Brasil, denominado *licitação* e cuja norma de regência teve como aspecto central dar atenção especial à sucessão de atos, independente da pretensão buscada, e o mesmo processo em Portugal, denominado especificamente de procedimento por opção do legislador, mas que, neste país europeu, tal como o próprio Código estabelece, tem como fim específico o contrato administrativo.

Cabe-nos especificar que não há, sob nosso sentir, a necessidade de se tecer considerações comparativas acerca de qual é o melhor (e o pior) sistema, porquanto as contingências de cada país, com as adaptações locais ocorridas com cada uma das metodologias, certamente trará satisfação ao objetivo buscado.

É de cada local e país, portanto, a possibilidade de escolher a forma procedimental que melhor lhe apetece e atende suas necessidades, de maneira que o foco deste trabalho deve se circunscrever em justapor da forma mais eficiente possível o Sistema de Compliance e suas ferramentas em toda e qualquer proposta metodológica de contratação pública em qualquer lugar do mundo.

Neste sentido, vale o esclarecimento de que o Compliance, independente do complexo legal e processual utilizado por qualquer país, pode e deve ser empregado sempre, com o fim de tornar mais eficiente a contratação pública, de maneira que sejam respeitadas a ética e a integridade, bem como de sorte a proporcionar ao Estado contratar com o interessado que apresentou a melhor proposta, que mais bem atende ao interesse público.

Na senda do que ensina PETER DRUCKER (1909-2005) em *Management Challenges for the 21st Century*, citado por CARDOSO e RODRIGUES (2006), “*Pense globalmente, aja localmente. Compare-se com as melhores do mundo*”.<sup>10</sup>

O mundo moderno é claramente dividido entre atividades estatais e atividades particulares, que, em certa medida, em muitas ocasiões se congregam. Apesar do que aconteceu no passado, atualmente e para adiante não podem ocorrer, todavia, situações em que as práticas públicas e as privadas almejam fins que se chocam, que se conflitam.

Em verdade, é preciso que os interesses públicos e os interesses privados tenham as suas *características* e nortes próprios, inclusive distintos. Mas, o que não é concebível é que tais interesses sejam, repita-se, discrepantes e incompatíveis. Eles são, em verdade, premissas diferentes de uma mesma lógica. Por isso, os elementos inerentes a eles não devem e não podem determinar contenda.

Isso tudo para apontar que a ética e a integridade é aspecto central de toda e qualquer prática, seja ela pública ou privada, de sorte que o mundo atual e futuro dará, cada vez mais, em caráter intransigente, profundo valor a tais princípios.

---

<sup>10</sup> No caso em questão o autor se referia à forma como as empresas devem desenvolver seus negócios, mormente sob a ótica estratégica. Neste trabalho a citação pretende levar o leitor para o raciocínio de que o Compliance deve ser entendido como um sistema amplo e geral que deve dar a possibilidade de ser utilizado em qualquer contratação pública e em qualquer lugar do mundo, respeitadas as contingências e feitas as adequações pertinentes.

No início do século passado, as corporações, e os Estados, ocuparam-se com os métodos e com a eficiência das realizações, independente da forma como ocorriam, pois não era esse o foco, a forma. Da segunda metade do Sec. XX para a frente, e no início do Séc. XXI, nota-se destaque para os “trabalhadores do conhecimento”, na alcunha do já citado Drucker. Não há dúvida, daqui para a frente a Administração Pública e a Administração Privada, cada vez mais enquadradas conjuntamente no conceito de *gestão*, preocupar-se-ão com a efetividade dos fins, respeitados, sempre, a ética e a integridade.

O Compliance, *como ator principal da ética e da integridade nos processos de gestão*, sejam eles públicos ou privados, portanto, terá destaque fundamental para empresas e Estados no Séc. XXI.

Ele surge na segunda metade do Séc. XX, vai se desenvolvendo somente em alguns segmentos, fica, de certa forma, alheio a muitos outros, contudo, sobretudo em virtude dos grandiosos escândalos de corrupção vindos à tona em todo o mundo, informados em fração de segundos a todas as pessoas pela imprensa e pela mídia através da internet e das redes sociais, vai ganhando corpo e criando forma em caráter amplo para, definitivamente, ser compreendido, ser estruturado, formar um sistema e ser inevitavelmente utilizado nos mais variados regimes de gestão.

Aconteceu assim, é fácil notar na história, com o Direito, com a Contabilidade, com os Recursos Humanos, com a Logística, com a Gestão e, agora, com o Compliance.

Analisando-se os conceitos de gestão eficiente e eficaz cognominados por Peter Drucker quando o mesmo considerou a forma com as *pessoas* trabalham, *os trabalhadores eficientes fazem as coisas direito (bem)*, *os trabalhadores eficazes fazem as coisas certas*. O Compliance tem esse caráter absolutamente eficaz, não só eficiente, porquanto, para além de orientar para que as decisões e os processos e procedimentos sejam *bem feitos, feitos direito*, ele orienta para que sejam feitos *certo, da forma certa*.

É preciso que se reconheça a profundidade desta consideração, de maneira que, assim, se possa compreender o Compliance, reconhecer com precisão para o que se presta, bem como para desenvolvê-lo corretamente.

As compras públicas, portanto, existem para satisfazer as necessidades do Estado, que só existe, só avança e só prossegue para a consecução dos fins gerais, do interesse público.

Quando elas são realizadas, devem necessariamente, a despeito das peculiaridades de cada legislação e de cada processo ou procedimento, obedecer a um rito preestabelecido.

Fato é, para além destas considerações, que embora esses ritos possam ter essencialmente finalidades típicas, a intenção geral da realização será sempre firmar um contrato administrativo, ou outro termo com o nome que se queira firmar, a fim de que, mediante ele, a Administração possa receber o que necessita e sem o qual não logrará êxito em satisfazer as necessidades gerais e da sociedade.

Portanto, o fim único e inequívoco de um processo de contratação pública genericamente será sempre o contrato administrativo. O que nos é imposto discutir, e constitui a nossa preocupação, é como são respeitados a ética e a integridade no caminho percorrido para se chegar ao contrato em questão.

## **2.6 A dispensa e a inexigibilidade de licitação previstas na legislação brasileira**

A Administração Pública, diante das atribuições de natureza estatal que tem, carece de bens, serviços, obras, etc. Para que as necessidades em questão sejam satisfeitas, de sorte a atender o interesse público, os Estados criam leis que estabelecem uma sucessão de atos, sustentada em princípios e disposições expressas, que permitem a firmação de contrato administrativo, cujo objeto é exatamente a necessidade citada.

É assim no Brasil, em Portugal e, em regra, nas democracias espalhadas pelo mundo, galgadas nas diretrizes do estado de direito.

Especificamente no Brasil, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, já transcrito nesta obra, em capítulo anterior, estabeleceu a regra que, *ressalvados os casos fixados em lei*, os Entes da Administração Direta e Indireta, dos Poderes da União, devem obedecer a regra da licitação.

Nesta linha, foi editada a Lei nº. 8666/93, que fixou parâmetros normativos a serem cumpridos pelos Entes mencionados, com o fim de obedecerem à regra, qual seja, a licitação.

Entretanto, tal como a Carta Magna previu, há casos extraordinários, situações especificadas, que ou não justificam a contratação administrativa mediante processo licitatório, ou não o exigem, de maneira a possibilitar que a Administração não o realize, ou quando a disputa, sendo *impossível*, indica como indiscutível a desnecessidade de realização do processo licitatório.

No caso da legislação brasileira, encontramos as previsões enunciadas nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações, relativas, respectivamente, às espécies *dispensa* e *inexigibilidade de licitação*.

Resumidamente, a primeira modalidade elenca várias situações específicas, nas quais a administração, pela particularidade da ocasião, não precisa licitar; a segunda, esta sim temática da presente discussão, enseja que a Administração não está obrigada a licitar, porque o objeto buscado não permite disputa entre os licitantes.

Imagine-se que a estrutura administrativa de determinado Município, especificamente, para melhor compreensão, o Setor Local de Limpeza, requer ao Setor de Compras a aquisição de material de limpeza, *ex vi*, detergente, papel higiênico, buchas, vassouras e panos-de-chão, dentre tantos outros de mesma natureza.

A Administração, ao analisar o valor a ser possivelmente gasto, identifica a necessidade de realização de processo licitatório e, em cumprimento à norma, prepara a medida, lança o Edital, recebe a documentação relativa à habilitação e à proposta, seleciona a melhor oferta, adjudica o objeto, contrata e, então, recebe os produtos.

Note-se, o Estado está a adquirir papel higiênico, vassoura, pano de chão, etc., produtos facilmente identificáveis e qualificáveis no mercado, que para sua produção não exigem maior conhecimento técnico e que para se encontrar especificações não há complexidade.

Então, no caso sob crivo, a regra da licitação é inevitável, obrigatória, por força da Constituição e da lei, de maneira que deverá ser realizada, sob pena de o gestor perceber sanções administrativas, civis e penais.

*Mutatis mutandis*, imagine-se, agora, que a Administração vai contratar um advogado, especialista pós-graduado na seara do Direito Administrativo, para prestar serviços jurídicos, defender o Ente em ações judiciais de destacada importância, atuar perante os Tribunais de Contas, realizar consultoria voltada para o Direito Administrativo e para a Administração Pública.

Não é preciso anotar, *data maxima vénia*, mas advogado não é papel higiênico, ou vassoura, ou detergente! Não é, certamente. Aliás, os advogados jamais foram tratados com tanto desrespeito e com tanto desdém no Brasil como atualmente, pelos órgãos de controle da Administração Pública, especialmente Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

O Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas estadual chega em uma Prefeitura para realizar sua inspeção técnica, é recebido nas dependências do Ente com a mais destacada educação pelo Procurador Jurídico, ou pelo Assessor Jurídico, entretanto, dirige-se a este com grandioso desdém, sem o devido respeito e com lamentável senso de que o mesmo está ali para fazer falcatruas. Evidente, isso não acontece em todos os casos, mas tem sido a regra, portanto, não a exceção. Veja lá, então, quando o advogado fora contratado mediante legal e preciso processo de inexigibilidade de licitação. Mais ainda, nestes casos, identifica-se a lamentável ocorrência relatada, de desrespeito e desdém.

Uma democracia não existe nunca existiu sem advogados. Os advogados são atores principais da construção do mundo moderno, no qual impera o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e os direitos fundamentais da pessoa humana. Logo, é definitivamente preciso apontar que estes profissionais, abnegados e, sobretudo, *únicos*, se são específicos, como tal devem ser tratados pela legislação e pelos órgãos de controle do estado.

Feitas tais anotações importantes, até para fins de reflexão, ao que certamente se destinam os trabalhos de Mestrado e Doutorado, então, retornemos ao tema central.

No Brasil, nos casos em que a Administração pretende contratar trabalho técnico, que será realizado por profissional especializado, para cuja atividade não há como estabelecer linha objetiva e precisa de qualificação e de especificação do que se pretende contratar, uma vez que cada profissional desenvolve o seu trabalho da sua forma, de forma ímpar e original, a legislação possibilita a não realização da licitação e, então, a contratação mediante processo de inexigibilidade, porquanto não dá para estabelecer uma linha de similitude de atuação, a partir da qual se pode igualar as atividades e formalizar uma proposta que permita *disputa*.

Ainda que se queira discutir sobre o caso, ainda que se queira “forçar” o entendimento e a interpretação da norma no sentido de que a regra é a produção do processo em questão, nesse caso, e nos demais de mesma natureza, em que não é possível competição porque não é possível que um advogado *compare* o seu trabalho com qualquer outro no mundo, porque intelectual e único, outro caminho não resta senão concluir pela impossibilidade de efetivação da diretriz. Trata-se portanto, de uma exceção, e como tal deve ser tratada.

Sobre o tema vertente, ensina Marçal Justen Filho (2002; p. 268):

*“Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. [...] inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, melhor dizendo, é impossível promover-se a competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o torna único, exclusivo, sui generis, inibindo os demais pretensos participantes”.*<sup>11</sup>

Quanto ao instituto da inexigibilidade de licitação no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 8666/93 dispõe o seguinte:

*“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

*I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*

*II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*

*III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*

*IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*

*V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*

*VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*

*VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

*§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.*

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 268.

*§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.*

*§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.*

*“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*

*I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

*II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

*III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

*§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

*§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.*

*Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.*

*Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*

*I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;*

*II - razão da escolha do fornecedor ou executante;*

*III - justificativa do preço.*

*IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

De relevo a transcrição da norma. Neste sentido, assinale-se, o artigo 26 acima reproduzido, que tem como condão estabelecer um procedimento<sup>12</sup> a ser seguido e cumprido pela Administração, para materializar a contratação excepcional. Logo, se o Ente Público está dispensado de produzir uma licitação ou a mesma é inexigível, está obrigado a executar ao menos tal procedimento.

---

<sup>12</sup> No caso, entendemos se tratar de procedimento, porquanto, conjunto que compõe uma sucessão de atos, simplesmente.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo (1992; p. 34), “a contratação direta se justifica quando se conjugarem a alta complexidade do serviço a ser executado, justificando-se a escolha de profissional de alto nível, e a notoriedade do executante escolhido.”

No caso de contratação de Advogado pela Administração Pública, situação que se enquadra na modalidade de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 13<sup>13</sup>, incisos III e V, em comunhão com o artigo 25, inciso II, § 1<sup>o</sup><sup>14</sup>, da Lei 8666/93, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro é assente no segundo sentido:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.*

[...]

*4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.*

[...]

*(REsp 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª turma, julgado em 23/02/2010, DJe 24/09/2010)”*

---

<sup>13</sup> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

...

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

...

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

<sup>14</sup> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

...

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de emitir o seu entendimento favorável a este tipo de contratação:

*“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. ADVOGADO: CONTRATAÇÃO: DISPENSA DE LICITAÇÃO. I. - **Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado.** Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público. II. - Concessão de “habeas corpus” de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.”*

*RHC/RO - RONDONIA - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO – Julg. 24/10/1995 -SEGUNDA TURMA - DJ DATA-16-02-1996 PP-02999 EMENT VOL-01816-01 PP-00161).*

No corpo do referido Acórdão, pronunciou-se o Exmo. Min. Carlos Velloso:

*“...não configura crime de peculato a contratação, sem procedimento licitatório, de advogado para defender o Estado perante os Tribunais Superiores, considerando-se, ademais, que os honorários, na espécie, **foram modicamente acertados e os serviços efetivamente prestados.**”*

O Superior Tribunal de Justiça também se pronunciou favoravelmente a este tipo de contratação, vejamos:

*“EMENTA: CRIMINAL. HC. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. **PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA DEFESA DE ENTE PÚBLICO EM CAUSAS TRIBUTÁRIAS. SINGULARIDADE DO SERVIÇO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO RECONHECIDAS.** CONDENAÇÃO CRIMINAL, MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO, BASEADA NA CONDENAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, REFORMADA PELA MESMA CORTE ESTADUAL. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE FRAUDAR A LEI. **INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.** AUSÊNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS*

*IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DETERMINADO. ORDEM CONHECIDA. ANÁLISE DOS DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADA”.*

*(STJ – HC 53.103 – Processo 200600136328/SP – DJ DATA:16/10/2006-PP393).*

Mas, a jurisprudência no âmbito do Brasil que encerra o tema, é a proveniente do julgamento abaixo, proferido pelo Tribunal Pleno da Corte e cujo relator foi o brilhante Ministro Eros Grau:

*“Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito de confiança da Administração em que deseja contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à satisfação do objeto contratado". CF. o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93”*

*(Ação Penal 348-Santa Catarina, Rel. Min. Eros Grau, Revisor, Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 3.ago. 2007).*

É possível extrair o seguinte trecho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no julgamento do acórdão acima referido:

*“Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como ‘serviços profissionais especializados’, isto é serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo.*

*Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização do procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento rígido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança.”<sup>15</sup>*

Com isso, percebe-se que, quando da contratação de assessoria advocatícia ou propriamente de advogado pela Administração, para além da especialização técnica, o elemento subjetivo da confiança é indispensável e é o que fundamenta a inexigibilidade da licitação.

Sobre a matéria, há ainda relevante legado do Professor Celso Antonio Bandeira De Melo (2015):

*“Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.*

*Embora outros, talvez, até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à*

---

<sup>15</sup> Ação Penal 348-Santa Catarina, Rel. Min. Eros Grau, Revisor, Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 3.ago. 2007

*sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto a ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não indiferente que sejam prestados pelo sujeito A ou pelos sujeitos B ou C, ainda que todos esses fossem pessoas de excelente reputação.”*

Evidencia-se, portanto, que a legislação brasileira porporciona e prevê casos em que o processo de licitação é dispensável ou inexigível, conforme a ocasião específica ou a inviabilidade ou inexistência de disputa em virtude de características específicas do objeto a ser contratado.

Nesta mesma seara mostra-se a contratação, pela Administração Pública, de serviços advocatícios ou de assessoria e consultoria jurídica, quando o profissional da área, o Advogado, demonstra deter qualidades específicas exigidas em lei.

Ocorre, porém, que é determinante que o Estado, quando vai efetivar esse tipo de contratação e pela forma excepcional prevista na legislação, que o faça através das ferramentas dispostas no Sistema de Compliance.

De proêmio, então, o trabalho do Compliance será analisar e identificar se os requisitos impostos por lei estão amplamente cumpridos e devidamente detectados no caso, especialmente pelo profissional com o qual se busca ajustar.

A realização de *due diligence*, portanto, para que seja averiguada a vida pregressa do profissional a ser contratado, com o fim de se escoimar da situação a possibilidade de firmar pacto administrativo com Advogado que tenha um histórico de malservação do patrimônio público, por exemplo, é elementar.

Demais disso, também é preciso que se realize estas análises prévias a respeito da pessoa do futuro contratado, possíveis a partir do que dispõe o Compliance, na busca de se afastar, por exemplo, qualquer conflito de interesses, talvez existentes, *exempli gratia*, entre a pessoa do jurista e a pessoa do administrador público que está responsável pela firmação do contrato.

Feitas tais observações e obedecidas as exigências legais e de Compliance, a contratação é ato absolutamene possível.

## 2.7 Crimes e outros ilícitos em processo contratação pública

As compras públicas, realizadas com o fim de dar satisfação às necessidades apresentadas pelo Estado, conforme já exposto, e materializadas em regra numa sucessão de atos que devem compor o processo referente, geralmente estão previstas em lei ou em outro regulamento próprio. É assim no Brasil (Lei 8666/93) e em Portugal (Decreto-lei 111-B/2017).

Na legislação brasileira, a Lei de Licitações contém o *Capítulo IV – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DA TUTELA JUDICIAL*, com quatro Seções que se subdividem em temas subjacente ao mencionado capítulo.

Na *Seção III* de tal capítulo estão previstos *OS CRIMES E AS PENAS* decorrentes de ilícitos praticados na via do processo de licitação. Nesta passagem o legislador brasileiro criou vários tipos penais, os quais se estendem desde o artigo 89 até o artigo 99 da norma:

*Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*

*Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.*

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

*Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:*

*Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.*

*Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:*

*Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.*

*Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:*

*Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.*

*Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:*

*I - elevando arbitrariamente os preços;*

*II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;*

*III - entregando uma mercadoria por outra;*

*IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;*

*V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:*

*Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

*Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.*

*Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.*

*§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.*

*§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.*

Incumbe-nos tratar, porquanto é assente neste trabalho e já foi objeto de nossa previsão contida no artigo 89, da Lei 8666/93, referente ao tipo penal decorrente de *dispensa* ou *inexigibilidade* de licitação quando não se mostram cabíveis, sob o ponto de vista legal, sem, pois, o cumprimento dos requisitos legais.

Quando o administrador público se utilizar destes dois mecanismos de contratação pública, ou de um ou de outro isoladamente, os quais permitem a firmação do contrato administrativo sem a submissão ao processo fixado em lei, poderá incorrer na prática criminosa do artigo 89.

No escólio de Carvalho Filho (2009; p. 238) “*A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame.*”

No que pertine à inexigibilidade, mister consignar que ela pode ocorrer quando há inviabilidade de competição pelas características do objeto ou pela exclusividade do fornecedor. Ensina Jessé Torres Pereira Junior (2007; p. 341): “*quanto à configuração da exclusividade do fornecimento, esta não se limita à pessoa do fornecedor, mas, inclusive, ao próprio objeto a ser contratado, devendo este, à exclusão de qualquer outro, ser o único capaz de atender às necessidades da Administração.*”

As sanções advindas do ato criminoso em questão são consideravelmente severas, quais sejam, pena de *detenção de 03 a 05 anos e multa*. Note-se, entretanto, que o sistema de cumprimento de pena não é o mais rígido, isto é, o de detenção, pois no Direito Penal brasileiro o mais rigoroso é o regime de reclusão.

De seu turno, a detenção não admite regime inicial fechado. Portanto, o condenado pela prática do ato criminoso previsto no artigo 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos inicia o cumprimento da pena no regime semi-aberto ou no regime aberto.

Demais disso, o tipo penal em tela exige a demonstração do elemento subjetivo. Então, o agente somente será condenado se comprovado o dolo na prática do ato, bem como o efetivo dano ao erário. O tipo, assim sendo, não é admitido na modalidade culposa, tal como decidiu o Egrégio STJ no RHC 108813(2019/0053007-4 de 17/09/2019):

*RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*  
*1. A controvérsia posta na impetração prescinde de profunda incursão probatória, demandando, tão somente, a apreciação da*

*denúncia, sobretudo quando relacionada ao crime de dispensa imotivada de licitação, cujo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da obrigatória indicação, na exordial, do dolo específico de causar prejuízo, bem como da quantificação do dano suportado pela Administração Pública.*

*2. Os crimes previstos nos arts. 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal (APn n. 480/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012).*

*3. A inicial acusatória não faz nenhuma menção, ainda que em passant, a respeito do especial fim de agir de causar prejuízo ao erário (dolo específico), nem aponta qual seria o dano, ainda que aproximado, suportado pela Administração Pública, configurando, a sua inépcia.*

*4. O trancamento da ação penal por inépcia da exordial acusatória, quando não atendidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não configura óbice a uma nova propositura pelo órgão acusatório, desde que sanado o vício. Precedentes.*

*5. Recurso em habeas corpus provido para trancar a Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, em curso na 1ª Vara Criminal de Ituverava/SP, sem prejuízo de que outra denúncia seja formulada, devidamente calcada nos elementos considerados indispensáveis por este Superior Tribunal.*

Com efeito, é mister abordarmos, também, o tipo penal previsto no artigo 90 da mesma norma, porquanto, como bem se nota, refere-se a ilícito cometido em latente afronta à ética e à integridade, temáticas centrais deste trabalho.

Estará caracterizado o desvio em questão quando duas ou mais partes envolvidas direta ou indiretamente no concurso, em manifesto *conluio* de qualquer ordem, *ajuste, combinação ou outro*, quebrarem o aspecto essencial da *disputa*, isto é, o *caráter competitivo* do pleito licitatório.

É aspecto central da licitação, previsto no artigo 3º. da Lei 8666/93, o mencionado caráter competitivo. Desta sorte, é determinante que durante o processo todos os interessados mantenham incólume o gênio de *certame*. Caso isso seja quebrado, poder-se-á estar diante do crime em questão.

Não é demais citar que referido tipo é reconhecido como de *consumação antecipada*, bem como que a jurisprudência regional brasileira manifesta-se no sentido de que é possível a modalidade tentada:

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF:  
0036719-55.2013.8.07.0001 DF 0036719-55.2013.8.07.0001*

...

*2. Mantém-se a condenação do réu pela tentativa de fraude à licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93) se restou demonstrada por meio de provas robustas que o réu, utilizando-se de expediente idôneo de ludibriar o certame (documento falso), não conseguiu fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório apenas por circunstâncias alheias à sua vontade.*

*3. O crime insculpido no art. 90, da Lei de Licitações, é classificado pela doutrina e jurisprudência como crime formal, na medida em que o prejuízo ao erário decorrente da fraude é mero exaurimento do delito. Assim, rejeita-se a tese da Defesa de que, por não ter havido qualquer prejuízo ao erário, a conduta seria atípica, porquanto a ocorrência desta espécie de crime pode ser verificada mesmo nas situações em que a Administração não tenha tido dano patrimonial.*

---

*PENAL - FRAUDE, MEDIANTE CONLUIO DOLOSO, AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO,*

*COM O INTUITO DE OBTER, PARA A COOPERATIVA QUE AMBOS OS RÉUS INTEGRAM, VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO - ART. 90 DA LEI 8.666/93 - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A MODALIDADE TENTADA, EM VIRTUDE DA REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA 3ª TURMA DO TRF/1ª REGIÃO - ITER CRIMINIS NÃO CONCLUÍDO - ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL.*

*I - Prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, resultante do fato de que um dos réus, na qualidade de Presidente e representante legal da Cooperativa dos Profissionais de Saúde e Segurança do Trabalho - COOPSSSET (signatária de uma das propostas), e o outro, na condição de médico (signatário de outra proposta e associado da Cooperativa), fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório promovido pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF, cujo objeto consistia na execução de serviços de saúde ocupacional, mediante ajuste dos preços lançados nas respectivas propostas, com a intenção de que o último, pessoa física, saindo-se vencedor do certame, viesse a repassar à Cooperativa a execução do objeto.*

*II - Autoria e materialidade comprovadas, não se limitando a comprovação do conluio doloso ao simples fato de que ambos os réus pertenciam à mesma Cooperativa, mas à demonstração inequívoca do propósito de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para a Cooperativa que integram, a vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.*

*III - Desclassificação do crime para a modalidade tentada, em virtude da revogação da licitação. Aplicação do entendimento da 3ª Turma do TRF/1ª Região: "Se o agente não consegue, apesar dos*

*atos praticados, fraudar a licitação, não concluindo o iter criminis, ocorre a tentativa, (CP. Art. 14, II.)" (Apelação Criminal nº 2002.34.00.011858-2/DF, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 25/02/2005, p. 13).*

*IV - Apelações improvidas.*

*(Acórdão unânime do TRF1 no ACR 2004.34.00.012394-8/DF, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Publicação: 24/04/2009 eDJF1 p.33, Data da Decisão: 24/03/2009) (sem os grifos no original)*

Outrossim, o mesmo STJ brasileiro, no que pertine ao crime previsto no artigo 90 da Lei de Licitações, manifesta o entendimento de que o tipo, para estar caracterizado, impõe a presença do dolo específico, embora não exija efetivo prejuízo ao erário, sendo bastante a simples quebra do caráter competitivo do concurso:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DISPENSABILIDADE DA LICITAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SUMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde da existência de dano ao erário,"haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório"(REsp 1.484.415/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2016)*

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal do Brasil assim se manifestou em linhas jurisprudenciais:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. FORMAÇÃO DE QUADILHA. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA INICIAL. FALTA DE INDICAÇÃO INDIVIDUALIZADA DAS CONDUTAS DELITIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME FORMAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.*

*1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do habeas corpus, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade.*

*2. A inicial acusatória narrou de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas ao paciente, adequando-as, em tese, aos tipos descritos na peça acusatória.*

*3. O Plenário desta Corte já decidiu que o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório.*

*4. Não há como avançar nas alegações postas na impetração acerca da ausência de indícios de autoria, questão que demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. Como se sabe, cabe às instâncias ordinárias proceder ao exame dos elementos probatórios colhidos sob o crivo do contraditório e conferirem a definição jurídica adequada para os fatos que restaram devidamente comprovados. Não convém, portanto, antecipar-se ao pronunciamento das instâncias*

*ordinárias, sob pena de distorção do modelo constitucional de competências.*

*5. Ordem denegada. (STF, HC 116680 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 12-02-2014). (Destacamos).*

Além do aspecto acima explicitado, relativo à previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro de tipos penais subjacentes a ilícitos ocorridos em processos de licitação, neste mesmo país é possível que atos distorcidos praticados em tais concursos sejam punidos no âmbito da improbidade administrativa.

Neste sentido, a Lei 8429/1992 preceitua três modais, a partir dos quais podem decorrer sanções de natureza cível e administrativa àqueles que atuam ardilosamente em processos licitatórios.

Os citados modais estão presentes nos artigos 9º., 10, 10-A e 11 de tal conjunto normativo e se referem, resumidamente, a atos que denotem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e afronta a princípios da Administração. A partir deles, pois, podem advir indisponibilidade de bens, devolução do valor ao erário, suspensão dos direitos políticos, perda do cargo ou função pública, proibição de contratar com a Administração, proibição de aproveitar benefícios fiscais ou creditícios e multa civil.

Por fim, no Brasil existe a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, regulamentada pelo Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, que tem como objeto a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Com efeito, tal aspecto será objeto de estudo mais aprofundado no capítulo seguinte, contudo, desde logo é importante citar que tais conteúdos legais são normas adjetivas relacionadas diretamente ao Compliance e tiveram caráter primordial para o desenvolvimento deste, em razão de prever a punição de pessoas jurídicas em atos contra a Administração e a possibilidade de abrandamento de tais punições caso a corporação demonstre a existência, em sua estrutura, de efetivo programa de integridade.

No caso específico, se ocorrer de pessoas jurídicas atuarem ilegalmente em face da Administração perante processos de licitação, por meio de sua alta gestão, por agente direto ou por terceiro representante, poderá a mesma sofrer as sanções fixadas na Lei 12.846/2012, quais sejam, conforme o caso:

*Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:*

*I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e*

*II - publicação extraordinária da decisão condenatória.*

*§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.*

*§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.*

*§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.*

*§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).*

*§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.*

No caso das sanções elencadas no artigo 6º da norma, acima transcrito, importante destacar o que especifica o artigo 7º seguinte:

*Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*

*I - a gravidade da infração;*

*II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;*

*III - a consumação ou não da infração;*

*IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;*

*V - o efeito negativo produzido pela infração;*

*VI - a situação econômica do infrator;*

*VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;*

*VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*

*IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e*

*X - (VETADO).*

*Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.*

Por outro norte, ainda que ultrapassadas as penalidades de cunho administrativo acima mencionadas, pode decorrer da norma em tela o seguinte:

*Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:*

*I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;*

*II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;*

*III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;*

*IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.*

*§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:*

*I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou*

*II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.*

*§ 2º (VETADO).*

*§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.*

*§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.*

Finalmente, tal como mencionado é previsto no Decreto 8420/2015 que a existência de programa de integridade pode abrandar a penalização da pessoa jurídica, como se identifica no texto legal abaixo:

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

*Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.*

## CAPÍTULO III – O SISTEMA DE COMPLIANCE E SUAS FERRAMENTAS APLICADO ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

---

### 3.1 Na prática, é possível?

O Compliance é sistema componente da *governança corporativa*, através do qual as organizações e órgãos públicos buscam solidificar a cultura de cumprimento dos preceitos fundamentais da ética e integridade. Além disso, o mesmo sistema proporciona outros mecanismos, todos originados do aspecto central mencionado.

É por demais evidente, ele surgiu primeiramente no mundo corporativo, na gestão das *organizações*, termo este cunhado por Peter Drucker (1909-2005) ainda nos anos 40 no seu *Concept of the Corporation – A study of General Motors*. Posteriormente, o Compliance foi ganhando outras searas, passou a distintas áreas e por elas a ser utilizado.

Atualmente, os doutrinadores do ramo distinguiram dividir e denominar individualmente estes segmentos, de sorte que aparecem denominações as mais variadas, tais como *Compliance Criminal*, *Compliance Ambiental*, *Compliance Trabalhista*, *Campliance Tributário*, dentre tantos outros.

Não se mostra científica esta divisão em segmentos do sistema sob estudos, tal como fez a Ciência Jurídica com seus diversos ramos. Contudo, para o melhor entendimento e compreensão esta segmentação se mostra frutífera, consideramos.

Para além disso, importa explicitar que, ao nascerem estes *supostos* ramos do Compliance, um deles veio a ser o denominado *Público*. Logo dá-se usualmente o nome de *Compliance Público* àquele desenvolvido e aplicado no âmbito da Administração Pública, nos seus mais variados espectros, inclusive.

Desta maneira, também é possível asseverar, então, quando nos referimos ao Compliance nas contratações públicas, estamos a cuidar de *Compliance Público*, na acepção do termo, aplicado especificamente aos concursos para a firmação dos contratos administrativos.

Entretanto, a pergunta que paira é a seguinte: *é possível realizar Compliance no âmbito das Administrações Públicas e, por conseguinte, nas contratações de tal esfera?*

No item “1.2”, do primeiro capítulo, desta dissertação, tratamos, basicamente, com o tempo e o espaço possíveis e convenientes, do que é *governança*, bem como abordamos a mesma na seara do Estado.

Dizer que é possível realizar Compliance no contexto das contratações públicas é o mesmo que afirmar que o Estado, especialmente a Administração Pública, pode e deve dispor dos mais modernos mecanismos de governança.

Uma vez que tal terreno da Administração pode e deve fazer-se valer da *governança* para realizar suas atividades e desincumbir-se de suas obrigações, é por demais evidente que o Compliance também. Aliás, pelos seus benefícios e ações, entendemos que ele *deve* integrar a estrutura de gestão dos entes públicos. Por conseguinte, nas contratações públicas, com as suas adequações e seus ajustes, é viável a utilização do sistema de Compliance na sua integralidade e na sua essência.

Aliás, que se registre, afirmar o contrário, com o mais destacado respeito é ou desconhecer o termo e a técnica ou desconsiderá-lo sob o sentido da Administração Pública, o que é no mínimo preocupante.

De outra banda, se se for analisar pelo lado de que a gestão pública tem como orientação e norte a integridade e a ética, traduzidos, ainda que com as críticas cabíveis, que como se sabe existem, em princípios como *moralidade e legalidade*, mais ainda adequa-se o Compliance.

Já o observamos, todavia, que a utilização desta ferramenta requer, muito mais do que em similares situações, profundo conhecimento técnico e especialidade na área, a fim de que seja empregada em sua plenitude e os seus resultados sejam obtidos efetivamente.

Caberá, assim sendo, à Alta Gerência dos órgãos públicos identificar quem e quais serão os profissionais destacados para a atividade do Compliance nestas Entidades e, especificamente, na área das compras públicas. Certamente, o erro de definição deste profissional poderá colocar sob risco o êxito. Entretanto, parece-nos equivocado afirmar que este sistema não pode ser aplicado às licitações simplesmente por que o profissional ou os profissionais que atuaram eram incompetentes, assim como não se pode afirmar que a penicilina não é capaz de combater certa bactéria se sua aplicação e uso não ocorrer por meio de profissional competente.

Mais do que isso, modernamente o Compliance não vem sendo utilizado somente para levar ética e integridade à atuação dos gestores governamentais envolvidos direta ou indiretamente nas contratações públicas. No Brasil, por exemplo, muitos entes públicos, especialmente Estados-Membros e Municípios<sup>16</sup> vêm baixando normas que impõem que as empresas que pretendam contratar com a Administração devem demonstrar, como condição de assinatura do contrato, a existência, nelas, de efetivo Programa de Integridade.

São exemplos do mencionado, o Estado do Amazonas (Lei nº. 4.730/2018), Distrito Federal (Lei nº. 6112/2018), Espírito Santo (Lei nº. 10.793/2017), Mato Grosso (Portaria nº. 08/2016) e Rio de Janeiro (Lei nº. 7753/2017). Ainda, podemos citar as cidades do Rio de Janeiro (Decreto 45.385/2018), Goiânia (PL nº. 236/2018) e Campo Grande (Decreto nº. 13.159/2017).

No âmbito federal brasileiro, então, no que se refere à União, a Controladoria Geral da União vem demonstrando com proeminência como é possível e importante a utilização do Compliance na Administração Pública e, por decorrência, nas contratações públicas. Este órgão público está há muito a produzir normas e outros documentos<sup>17</sup>, os mais variados, que por vezes determinam e por vezes orientam a maneira de utilização desta ferramenta na seara do Estado. As normas de mais destacada relevância no âmbito federal são as seguintes: Portaria CGU nº. 784/2016; Portaria CGU nº. 1827/2016; Decreto nº. 9283/2017; Portaria CGU nº. 1089/2018; e Portaria CGU nº. 57/2019.

Não é difícil identificar, a burocracia brasileira, extremamente condensada e custosa para o Estado, por muitas vezes desproporcional, lamentavelmente, é especialista em produção normativa. Apesar desta crítica, vem sendo importante parte do seu trabalho.

---

<sup>16</sup> Ao contrário de Portugal, o Brasil é um país cuja *forma de estado é federativa*, de sorte que a divisão do poder é fragmentada entre um ente central, no caso a União, e entes Federados, no caso Estados, Distrito Federal e Município. Tal disposição consta especificamente no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

[...]

<sup>17</sup> Um dos mais importantes documentos produzidos pela CGU pode ser encontrado no link <file:///C:/Users/Usuário/OneDrive/Compliance/Integridade%20na%20Adm%20Pública.pdf>.

Vale destacar, recentemente a CGU produziu o *Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública*<sup>18</sup>, que se refere à *orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional* criar e desenvolver nestas estruturas de gestão uma das ferramentas do Compliance, qual seja, o citado Programa de Integridade.

Na sequência deste documento e como que em sentido de complementação ao mesmo, a CGU também produziu o Guia Prático das Unidades de Gestão de Integridade<sup>19</sup> e o Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade<sup>20</sup>. Essas outras duas obras formam o que o órgão denominou *Coleção Programa de Integridade*.

É possível e de bom alvitre, diríamos, que os mais variados órgãos públicos, sejam eles entes federados ou descentralizados de poder, com suas características próprias, adotem em sua base gestão o Sistema de Compliance. No mesmo sentido, deve-se entender no que pertine às compras governamentais.

Nos mais variados casos, certamente as ferramentas por ele proporcionadas permitirão serem afastadas ocorrências que maculam e várias vezes prejudicam, quando não desonram, a atividade administrativa do Estado.

Conhecimento técnico e um plano muito bem delineado de atuação e desenvolvimento diminuirão com especial ênfase os riscos de ineficiência e ineficácia a serem enfrentados nesta verdadeira missão que será subsumir as ferramentas de Compliance e um efetivo Programa de Integridade nos órgãos públicos e nas contratações de mesma natureza.

Certamente, e disso não há dúvida, muitos interesses envolvidos serão atingidos, por vezes aqueles defendidos nos detentores do capital, os quais, em geral, exercem influência junto ao poder. Em não poucas ocasiões nota-se que os interesses por eles defendidos (em regra escusos) estão arraigados ao submundo do exercício e da execução da gestão da coisa pública.

Ocorre, entretanto, a Administração Pública, na sua essência, exige a integridade e a ética, o cumprimento das normas e a observância da satisfação do interesse público, de maneira que o combate a tais interesses desviados é, decerto, um bom e inafastável combate.

---

<sup>18</sup> <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>

<sup>19</sup> <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>

<sup>20</sup> <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>

### 3.2 O princípio da legalidade da Administração Pública não esvaziaria a presente discussão?

Recentemente estávamos em um evento brasileiro de âmbito nacional de Direito Administrativo e ouvimos de uma destacada palestrante (preferimos não personificar o fato) que, uma vez que a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade<sup>21</sup>, soava desnecessário e até seria um pleonasmo falar-se em Compliance Público.

A conferencista continuou em sua (com o devido respeito) explanação, movida por manifesto encantamento (talvez pela própria imagem, aos moldes de Narciso), e expôs veementemente que se referida Administração é nada mais do que o cumprimento de lei, não há motivo ou razão para que ela se utilizasse de uma ferramenta de gestão que tem como aspecto fundamental *fazer cumprir a lei*, pois que isso é intrínseco da própria atividade.

É possível observar, desde logo, que a citada professora de Direito Administrativo da *nova guarda*, com certeza profunda conhecedora de tal ramo do Direito, de Compliance conhece não tanto.

Aliás, que fique o registro, os professores de Direito Administrativo no Brasil construíram uma casta, sob cargos e funções públicas, nas mais diversas Universidades públicas, ou nas grandes Universidades de capital privado, da qual só fazem parte eles e os poucos que eles queiram, e desde que manifestem a mesma linha ideológica, em razão de que manifestar linha ideológica diversa é algo que afasta o candidato tanto dos cursos de aprofundamento acadêmico quanto daquela casta.

Naquele evento nacional, por exemplo, que é realizado anualmente, há mais de anos que os palestrantes são os mesmos, sempre, só mudam o tema, com raríssimas exceções (quem está nestas exceções são justamente aqueles que trilharam a linha ideológica...). O grupo está fechado, foi construído na base do “só entra quem eu quiser...” e, então, “falamos a mesma coisa e assim nos amamos”.

Esse fato é extremamente prejudicial para a universidade brasileira, para a pesquisa brasileira, para a docência brasileira, para os cursos de Mestrado e Doutorado do país, em cujos postos só é possível acesso mediante, com poucas exceções, aprovação não decorrente

---

<sup>21</sup> No Brasil o princípio da legalidade da Administração está fixado no artigo 37 da Carta Superior: *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

do conhecimento técnico, da capacidade intelectual do candidato, mas em virtude de seu posicionamento ideológico e do quão ele é *proximo* de quem seleciona.

Trata-se de uma crítica dura, não maldosa. Essa segunda intenção não compõe nossa ideia de escrever. É tempo, ainda, de se reconstruir essa situação, de melhorar esse cenário. Contudo, será indispensável movimentar essas pessoas da “zona de conforto” em que se encontram há anos, sob holofote, e essa movimentação deverá contar com a humildade, algo não muito recorrente no seio mencionado.

Para tratarmos do aspecto central desse tópico, indispensável se mostra o mister de expormos algumas considerações acerca do princípio da legalidade. Ver-se-á, inclusive que se por um lado o princípio não é algo impeditivo ou que injustifica o Compliance no Estado, na Administração Pública e nas contratações públicas, ele por si só já está em frangalhos, disforme, segundo o conceitua a doutrina e até a jurisprudência brasileiras, de maneira que carece de uma profunda revisão, já feitas há anos em Itália e em Portugal, dentre outros países.

A base estruturante da atuação da Administração Pública no Brasil está prevista na Carta Magna, especificamente no seu artigo 37. Consta expresso neste texto que tal atividade será regida pelas disposições da Constituição, com destaque para os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em relação ao que nos interessa, o princípio da legalidade não é exclusivo da *Lex Mater* brasileira. Outros textos de tal teor espalhados pelo mundo também o fixam como guia da Administração, por vezes de forma expressa, por vezes não.

Odete Medauar (1999) comenta acerca de tal princípio e enaltece sua notoriedade, com ênfase ao seu aspecto histórico e vinculado ao Estado de Direito, conquista tão árdua e sangrenta da humanidade e aspecto inalienável da sociedade moderna:

*“Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de Direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública. Na sua concepção originária esse princípio vinculou-se à separação de poderes e ao conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei*

*sobre os atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa.”*

Fernando Capez (2015) também cuidou do tema:

*“O princípio da legalidade é a pedra fundamental na qual se funda o Estado Democrático de Direito, uma vez que delimita a atuação administrativa, limitando o seu poder, constituindo ao mesmo tempo, uma garantia do administrado.”*

A doutrina brasileira construiu toda uma narrativa sobre a ordem conceitual do princípio da legalidade administrativa. Há, no Direito Administrativo do país, as mais variadas manifestações a respeito do tema, todas, em geral, delineando-se a partir da ótica de *superioridade* e de *autoridade* de tal princípio. É mister apresentarmos esse contexto.

Hely Lopes Meirelles (2007) estabeleceu:

*“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, ‘caput’), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*

*[...]*

*Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”*

O saudoso doutrinador das terras *d’alem mar*, note-se, não se ocupou em momento algum com o aspecto da efetividade do resultado obtido nas ações e política praticadas pela Administração Pública quando, na prática, dão obediência à lei para cumprir o interesse

público. Não é o único. Aliás, toda a doutrina de Direito Administrativo brasileira, com raras exceções, tem seguido esta linha. Enfim, o resultado efetivo não foi e não é preocupação.

De sua banda, Diógenes Gasparini (2008) ensina a respeito do princípio sob tratativa:

*“O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei não dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra, quando irrompem inopinadamente). A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei, e qualquer desvio de competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conform o caso, disciplinar, civil e criminalmente.”*

Também, impropria destacar o escólio de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2010), acerca do princípio em questão:

*“Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende da lei.”*

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) leciona, a respeito do princípio da legalidade:

*“... É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de ‘comandos complementares’ à lei.*

[...]

*Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.*

*Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar 'contra legem' ou 'praeter legem', a Administração só pode agir 'secundum legem'. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração 'é a longa manus do legislador' e que 'a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais'”*

Os escritores, verdadeiros construtores do Direito Administrativo nacional, é preciso admitir, poderiam, embora não o fizeram, considerar que no dia-a-dia da Administração Pública, esta enfrenta situações práticas que fogem absolutamente do contexto de síntese e do poder de previsão da lei, de sorte que, em muitos casos, em verdade, cumprir a lei significa agir contrariamente ao interesse público, à dignidade da pessoa humana, à eficiência e até à vida.

Se o interesse público e a expressão da lei em tese se confundem, e assim deveria ser nas democracias e nos Estados de Direito, não se pode olvidar que a lei é construída por homens e está sujeita aos seus mais lamentáveis vícios e erros. Logo, existem leis boas e leis ruins, leis justas e leis injustas. Não se discute que, em relação a estas, a própria natureza da atividade determina à Administração Pública e ao gestor público de qualquer espécie dar-lhe cumprimento.

A problemática existente, e que parece fugir ao domínio das considerações doutrinárias explicitadas, as quais merecem, todas, o mais profundo respeito, é que elas não dão atenção para a forma como devem agir os administradores ao se defrontarem com leis ruins, muitas vezes até desobedecedoras de ordens normativas fundamentais e superiores.

Numa concepção inicial, nota-se que tais ponderações prevêm simplesmente que é *obrigação inafastável* da Administração Pública o cumprimento da lei, ou da legalidade ampla, conforme alguns buscam apontar, de sorte que a transgressão a esta imposição pode levar consequências gravíssimas ao administrador, como já apontado.

Aliás, no Brasil, onde os órgãos externos de controle do Poder Executivo, que tem como função precípua a Administração Pública, têm agido de forma “robepierriana” e profundamente punitivista, muito se tem visto gestores públicos com os bens indisponíveis, a perder cargos públicos para os quais foram eleitos ou aprovados em concurso público, com seu patrimônio particular dilapidado e, pasme-se, com os direitos políticos suspensos, impedidos de exercer livremente a cidadania.

Não é necessário apontar, aqui não se está a tratar dos maus gestores públicos, no sentido de praticantes da corrupção e da sodomia com os dinheiros públicos. Esses são punidos e, quando o são, nada mais mereciam do que isso. Ocorre, porém, que nas terras brasileiras se tem visto, em nome de um suposto princípio da legalidade descumprido, punições as mais severas sobre ombros absolutamente desmerecedores, sob todos os aspectos, inclusive de direito.

A doutrina brasileira, por evidência, extraordinariamente traz certo contorno moderno ao princípio sob tratativa, ainda que não na forma e na profundidade como deveria e como o Direito comparado já o fez há tempo. Importante, neste sentido, o escólio de GARCIA e ALVES (2014), no que pertine princípio constitucional da legalidade da Administração:

*“O princípio da legalidade não deve ser estendido ao ponto de alcançar todo e qualquer ato que imponha determinado comportamento ao Poder Público, pois concepção como essa desvirtuaria a própria natureza das coisas, rompendo com os alicerces do Estado Democrático de Direito. Entendemos, como mais consentânea com a pureza dos institutos, a adstrição da concepção de legalidade às normas editadas pelos órgãos a quem o*

*texto constitucional outorgou, com a observância de um procedimento previamente estabelecido, a produção normativa, o que faz que referido princípio tenha seus contornos traçados pela lei em sentido material.*

*A adoção da posição restritiva em relação ao princípio da legalidade não deve ser interpretada com negação da existência de outras normas, além das produzidas pelo Poder Legislativo (v.g.: regulamentos), que servirão como parâmetros de aferição da legitimidade dos atos administrativos. Como frisou Eisenmann<sup>22</sup>, “é bem certo que o princípio da legalidade implica na obrigação de respeitar todas as normas de direito e mesmo as normas publicadas pelas autoridades às quais a própria lei dá poder parar tanto: sujeitando-se a elas, por exemplo, cumpre-se indiretamente a lei, a norma legislativa de competência”, complementando que “não haveria interesse algum em asseverar um ‘princípio de regularidade dos atos administrativos, do qual o ‘princípio da legalidade’ não seria senão uma das especificações, porque, como já salientou, este ‘princípio, por si mesmo, não teria conteúdo algum definido: remetido implicitamente ao rol das fontes do direito administrativo, ele próprio se reduziria, sem suma, a esta pobre tautologia segundo a qual os órgãos administrativos devem respeitar as normas, e de forma ainda mais plena, as normas que os vinculam” (GARCIA e ALVES, 2014, p. 123)*

Não nos parece ser suficiente. Na idade médida queimou-se pessoas, queimou-se vidas, queimou-se reputações, destruiu-se famílias, em nome de algo que se denominava *heresia*. Hoje, esta criou outra face, e se dá sob outro nome: *desrespeito ao princípio da legalidade*.

Doutrinadores há, entretanto, que já se movimentam no sentido de afastar esta famigerada e lamentável situação. Odete Medauar (1999) obtemperou:

---

<sup>22</sup> Eisenmann, C. (2002). *O direito administrativo e o princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo nº. 56/47, 1959.

*“O princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na fórmula ‘A Administração deve sujeitar-se às normas legais. Essa aparente simplicidade oculta questões relevantes quanto ao modo de aplicar, na prática, esse princípio. Tornaram-se os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.*

*[...]*

*O último significado – a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena – se predominasse como significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal e específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável. Há casos em que a norma ordena à Administração realizar uma atividade, como, por exemplo, a lei que estabelece o prazo de sessenta dias para a Administração regulamentá-la; ao baixar o regulamento no prazo fixado, a Administração estará editando ato que a lei ordenou realizar.”*

No sentido de um princípio da legalidade que tem *visão ampla*, que é capaz de ter a percepção verdadeira de Administração Pública e de atividade de gestão administrativa, pois que desprovido das limitações de “antolhos”, se posiciona Fernando Capez (2015):

*“Conclui-se, pois, que é dentro dessa visão mais flexível do princípio da legalidade que deverá ser analisada a imputação por atos de improbidade administrativa, posto que haverá situações em que o administrador encontrar-se-á numa zona cinzenta, nu vazio legislativo, e a adoção de medidas para atender ao interesse público, ainda que venha a causar prejuízo ao erário, não configurará o ato ímprobo.”*

Em outros países do mundo, todavia, os apontamentos quanto a esta matéria não são tão tímidos. O princípio da legalidade, nestas doutrinas, vem a ganhar contornos outros, sobretudo quando se estuda como, após ele ser construído, deu-se a sua aplicação. Em realidade, no Brasil a doutrina parece-nos não estar (ou não querer estar) devidamente atenta às contingências sobre as quais a doutrina de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, por exemplo, se debruçaram.

A professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em sua obra *Direitos Administrativos – Casos práticos*, extraordinariamente trata do assunto. Em passagens que podem ser identificadas na obra, a mesma cita Castanheira Neves e Paulo Otero:

*“Também hoje o princípio do primado ou da preferência de lei<sup>23</sup> encontra algumas compressões resultantes da incontronável conciliação deste princípio com as exigências materiais do princípio do Estado de direito de que, como vimos, constitui uma concretização. Uma delas prende-se com a possibilidade de, verificado um circunstancialismo excecional, permitir aos órgãos administrativos o afastamento, no caso concreto, de ‘leis inconstitucionais’ - hipótese que, quando admissível, impede a invalidade das ações administrativas que se revelem contrárias à lei, para se conformarem com a Constituição.*

*Um outro exemplo na mesma linha, mas particularmente extremo, prende-se com as designadas ‘leis injustas’ (‘leges corruptae, Unrecht’), i. e, aquelas que se revelam contrárias à própria ideia de Direito, não podendo, em rigor, apelidar-se de normas ‘jurídicas’. Quando um órgão administrativo se depare com leis deste tipo, deve desaplicá-las, pois que admitir a possibilidade de desaplicação de uma norma com fundamento na violação do princípio traz ínsito uma compreensão do sistema jurídico que transcende o plano da mera legalidade ou do direito positivado e projeta o problema no Direito. Por este motivo, é reconhecido um direito de recusar a*

---

<sup>23</sup> O princípio em questão, segundo a doutrina citada, constitui, na companhia do princípio da precedência da lei, dois “subprincípios” relativos à legalidade.

*colaboração na prática de qualquer ato injusto, o qual se concebe como um direito fundamental diretamente alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, assimilando-se ao instituto da objeção da consciência. [...]*

*Contornos diversos reveste ainda uma última restrição ao princípio da primazia da lei, identificada pela doutrina alemã como 'ilegalidade útil' ('brauchbare Illegalität') ou 'ilegalidade funcionalmente orientada' ('funktionsgerechte Illegalität'). Está agora em causa a percepção de que, em setores da 'Administração de massas', a agilidade da ação administrativa convive com uma dose (ainda que limitada) de inobservância das normas legais. Sem pretendermos opor eficiência da Administração e respeito pela legalidade administrativa (termos de um binômio que não se relacionam á luz da contraposição, mas antes da complementaridade), não podemos ignorar que certas ilegalidades que não contendem com a consistência jurídica das atuações administrativas, quer dizer, não implicam uma invalidade, mas apenas uma irregularidade”*

Mostra-se necessário abordarmos dois aspectos advindos das circunstâncias sob análise: i) na prática, quando o gestor público identifica uma norma com características tais que lhe permite (quando não impõe) o não cumprimento de uma lei, como deve agir? ii) caso, posteriormente, de alguma forma essa norma seja declarada perfeita e constitucional pelo Poder Judiciário, de sorte que os fundamentos de não cumprimento do gestor caiam por terra, quais as consequências que lhe podem advir?

No primeiro caso, entendemos que o administrador público, ao encontrar-se com normas as quais ele não pode dar efetividade, pelas razões já expostas, deve praticar ato administrativo, no Brasil um Decreto, em Portugal um Regulamento, sugerimos, no qual devem constar as disposições que não serão resguardadas, os motivos do não acatamento, dentre os quais devem constar as disposições legais ou princípios que confronta, e, por fim, a ordem de que nenhum administrador público sob alçada daquela estrutura administrativa lhas dê guarida.

De outra banda, no segundo caso, uma vez declarado nulo o ato administrativo em questão pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de que não haveria a irregularidade nele apontada, caso não fique demonstrada a má-fé e o dolo envolvido por intenção manifesta de usurpar o interesse público e a norma de regência do gestor, nada lhe pode ocorrer. Logo, não pode ser punido nem na esfera administrativa, nem na esfera criminal, nem na esfera cível ou qualquer outra, porquanto, como administrador, agira com o intento exclusivo de defender lei superior ou o próprio interesse público, o que fundamentara devidamente.

Toda a discussão até aqui posta é tratada com exímio poder de síntese por Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias (2017):

*“Daí que, embora continue a ser de uso corrente – pelo próprio legislador! – a expressão ‘princípio da legalidade’, a verdade é que não se trata de um princípio que pretenda significar a (mera) subordinação da Administração à lei, mas de um verdadeiro ‘princípio da juridicidade’.*

*[...]*

*A subordinação da administração a todo o Direito refere-se hoje a toda a atividade administrativa (não apenas a de autoridade, mas também a de prestações e a exercida no âmbito das relações especiais de poder), o que tem outra consequência prática de importantíssimo relevo: no momento de controlar a legalidade da atuação administrativa, os tribunais administrativos devem fazê-lo não apenas no que respeita à legalidade em sentido estrito, mas a toda a juridicidade.*

*Neste bloco de legalidade (juridicidade) assumem especial relevo os princípios jurídicos fundamentais, em especial os de cariz material, que regem a atividade administrativa.*

*Estes princípios revestem especial importância quando a Administração atua no uso de poderes discricionários. Mas não só, já que, face às plúrimas normatividades que vão adquirindo relevo, assumem um importante papel na ligação entre todas elas, garantindo uma coerência mínima das mesmas.”*

Esse contexto exposto, inevitavelmente atrela-se ao conceito de *justiça* e amplia o princípio da legalidade a este âmbito, de sorte que o administrador público, quando vai atuar, caso note algum conflito entre o texto da lei e o contexto de justiça, por menor ou qualquer que seja, deve fazê-lo de forma a garantir e observar esta última, não podendo ser punido, nunca, por tal.

Aliás, que se frise que a Constituição da República Portuguesa traz esta implicação, traduzida no texto do artigo 266º., item 2, *i. e.*:

*1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.*

*2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.*

Feliz foi, mais do que o constituinte brasileiro, o português, ao editar sua sagrada Carta Superior, quando estabeleceu expressamente o termo *justiça* e não *legalidade* para exprimir conceitualmente o que pretendia. Não é por isso, evidentemente, que se deve relegar ao administrador público *d'alem mar* uma interpretação tacanha e simplista, quando não problemática e importunadora, acerca de um princípio, cujo entendimento, aplicação e efeitos ultrapassam fronteiras.

Dentro de todo esse contexto, também é necessário apontar que, diante do que se entende por *princípio da legalidade*, no Brasil ou em Portugal, pois que se traduz na mesma coisa, é tempo de definitivamente se compreender que um administrador público só pode ser punido por quebra de tal princípio quando, dentre outros preceitos já citados, estiver claro e evidente qual foi a norma de direito ou de justiça que desobedecera. À acusação nestes casos, portanto, não basta simplesmente apontar de forma superficial que uma suposta lei sofrera inobservância. É preciso que fique muito bem delineado, sem sombra de dúvidas, a subsunção do ato cometido ao tipo legal previsto e vigente.

No mais, o ordenamento legal português prevê declaradamente que o *estado de necessidade* externa caráter excepcional ao princípio da legalidade. Tal questão encontra-se enunciado no nº. 2, do artigo 3º, do Código de Procedimentos Públicos, qual seja, o Decreto-Lei nº. 4/2015, de 07 de janeiro:

*2 - Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.*

Isso foi possível a partir do que a mais moderna doutrina compreende acerca da extensão do conceito inicial de princípio da legalidade, o que foi nomeado nos tempos correntes de *princípio da legalidade do resultado*.

Neste contexto, é indispensável a transcrição dos ensinamentos do Prof. Pedro Gonçalves, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação:

*“Há já algum tempo, a doutrina vem observando que o princípio da legalidade ‘enquanto predeterminação legislativa da acção administrativa, está fatalmente destinado a retroceder’ e a ver-se substituído por um ‘princípio de autonomia funcional da Administração’ (90). Com os assinalados contornos de fatalidade, a situação encontrou uma espécie de cobertura legitimadora na ideia de administração de resultados (91) e, por conseguinte, na percepção de que os critérios fundamentais para aferir do bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à eficácia e à eficiência e não já ou não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas. A vocação estratégica da Administração, diz-s, é a produção de resultados, não o cumprimento formal da lei; nesta visão, gestionária ou gerencial, a obtenção de resultados – em concreto, a satisfação final das necessidades sociais – constitui, pois, o elemento fundante do direito administrativo (92).*

*Numa compreensão já baseada em critérios e elementos jurídicos, e não apenas numa exacerbação juridicamente descomprometida da gestão eficiente, procura-se articular legalidade e eficiência: fala-se, a propósito, de legalidade do resultado. Mas, mesmo esta linha,*

*que se assenta num certo compromisso com a legalidade, preconiza a significativa diminuição da intensidade de regulamentação legislativa e a passagem do paradigma da legalidade substancial para um novo modelo, de legalidade de tipo formal (93). A doutrina alude, a este respeito, à tendência institucional para submeter a Administração a uma disciplina de princípios e de regras gerais (94), acolhendo uma 'normatividade principalista', e propendendo para a substituição de um 'Direito de regras' por um 'Direito de princípio' (95). Considerando os dados de facto disponíveis e as tendências que se detectam, afigura-se cada vez mais inevitável o caminho para um sistema em que, de modo generalizado, a lei se vai limitar e definir os objectivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados."*

Perante o aspecto circunstancial que se expõe, duas conclusões são possíveis, uma delas de carácter geral e de extrema importância para o sistema jurídico-administrativo brasileiro, diante do que se tem visto acerca de sanções as mais graves, inclusive de improbidade administrativa, aplicadas atualmente sobre administradores públicos, e a outra relativa ao Compliance nas Contratações Públicas: (i) não é possível, a partir de um desestruturado e ultrapassado princípio da legalidade da Administração Pública, aplicar as sanções decorrentes da Lei 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) se não se identificar no fato posto manifesto e inegável dolo (específico, não genérico, este uma invenção infeliz da jurisprudência punitivista que nada resolve), desonestidade e má-fé; (ii) o princípio da legalidade da Administração Pública nada interfere, não altera, não prejudica e não abarca as temáticas, os institutos e os efeitos que o Compliance tem sobre as contratações públicas quando nestas utilizado e aplicado devidamente.

Importa observar que na Itália, conforme ensina CIMELLARO<sup>24</sup>, instituiu-se a expressa possibilidade de edição de regulamentos administrativos derogatórios de lei. Sob nosso sentir, em acolhimento à exegese do professor do *Politécnico di Torino*, pelo que na

---

<sup>24</sup> In *"Il principio di legalità in trasformazione"*, *Diritto e società*, 2006, p. 372

prática está previsto no ordenamento naquele país europeu é dado à Administração editar tais regulamentos caso a lei a ser derogada contenha manifesto vício de constitucionalidade ou indique conflito com a eficiência administrativa e com o próprio interesse público.

A legislação brasileira, quanto ao tema da *legalidade de resultado* e a adequação que os ordenamentos jurídicos, mas, sobretudo, a doutrina e a jurisprudência carecem, relativamente ao princípio sob tratativa, parece-nos ajustou-se em 2018, quando foi editada pelo Congresso Nacional a Lei Federal nº. 13.655, a qual incluiu disposições sobre *segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público*.

Foi inserido na legislação pátria um conjunto de disposições voltados para a segurança jurídica na atuação administrativa, para a razoabilidade e a proporcionalidade efetivas quando da aplicação de sanções em face do administrador público e para a forma como os órgãos de controle devem interpretar e sancionar atos falhos de gestores do estado.

Há neste complexo normativo, excerto de considerável relevância que concerne à necessidade de ampla e objetiva motivação do fiscal da atuação administrativa quando o mesmo profere ato formal com fulcro sancionatório em face do gestor público. Com efeito, portanto, segundo tal norma, quando o administrador do Estado for sofrer qualquer punição em virtude de sua atuação, a autoridade responsável deverá analisar todas as circunstâncias que envolviam o caso fático, quais as possibilidade colocadas à escolha do administrador, quais outras decisões *mais eficientes ou menos danosas* ele poderia ter levado a efeito e, por fim, quais os motivos e razões que levam o controlador a, a partir de todos estes elementos, ainda assim aplicar a sanção.

Embora a legislação brasileira contemple estas premissas legais desde o ano de 2018, infelizmente na prática não tem se visto, o que é no mínimo curioso, para não dizer lamentável, tanto o Poder Legislativo quanto os órgãos de controle da atuação estatal, aqui leia-se, sobretudo, Ministério Público e Tribunais de Contas, darem a devida importância e as necessárias e inafastáveis aplicação e efetividade para elas.

Diga-se, após aproximadamente um ano e meio da entrada em vigor da Lei 13.655/2018, ainda agora o Ministério Público elabora uma peça acusatória inicial em ação civil pública sem fazer uma única menção sequer à norma; os Tribunais de Contas decidem por aplicarem multas em desfavor de administradores públicos sem fazerem uma única menção sequer à norma; o Poder Judiciário profere sentenças e Acórdãos e aplicam

gravíssimas e severas punições a administradores públicos sem fazerem uma única citação sequer à norma, quanto mais dar a ela cumprimento integral.

Alguém de outro país não muito acostumado com o que ocorre no Brasil, mormente com o que vem ocorrendo em terras brasileiras relativamente ao exercício do poder estatal pelos órgãos que exercem controle da atividade administrativa pública (esta dissertação é escrita para um Curso de Mestrado que se desenvolve em Portugal, portanto, na Europa) poderia perguntar como isso pode acontecer. A resposta seria essa: no Brasil acontece!

Não é pretensão destes escritos se afastarem da importância da atividade de controle mencionada. Todavia, não aceitamos, é de se anotar, o afastamento dos princípios fundamentais da democracia, do estado de direito, da tripartição dos poderes, do controle do exercício de poder do estado e, sobretudo, da reserva legal. Neste contexto, a partir das premissas extraídas dos princípios apontados, é inaceitável e inconcebível que órgãos de Estado, inclusive de Poder, possam se imiscuir da possibilidade de “*darem as costas*” para a lei em sua atividade de aplicação dela.

Por todo o sentido, então, é imperioso identificar que o princípio da legalidade da Administração Pública, no Brasil previsto expressamente no artigo 37 da Carta Superior, nenhum conflito apresenta com a utilização do Sistema de Compliance na gestão do Estado, inclusive nas contratações públicas.

Em verdade, o Compliance é uma grande ferramenta a ser utilizada pelo Estado para a consecução de seu fim primordial, qual seja, o interesse público, e no âmbito das contratações públicas ele certamente pode desempenhar um papel de vanguarda, levando às mesmas a cultura da integridade, da ética sem exceção e sem transigência.

### **3.3 A cultura da integridade e as contratações públicas**

O termo integridade expressa com precisão conceito relativo à *qualidade ou caráter de uma pessoa de conduta irrepreensível*, que se porta sempre de forma *honesto*.<sup>25</sup> Como se denota, o preceito *integridade* está atrelado ao sentido de conformidade, de cumprimento

---

<sup>25</sup> O presente conceito fora extraído do Dicionário Michaelis on-line, mantido pela plataforma brasileira UOL, e tem como aspecto central demonstrar que a conduta galgada na integridade está atrelada substancialmente ao preceito da *honestidade*, isto é, de cumprimento irrestrito das obrigações normativas, mas também até morais.

das normas de regência fixadas pelo Estado e pela corporação a que está sujeito o *stakeholder*, mas se desdobra e avança para o aspecto da cultura.

É um erro substancial imaginar que a pessoa humana em geral cumpre a lei e as obrigações corporativas a que está sujeita em virtude do risco de ser-lhe aplicada punição. O mecanismo do sancionamento para o descumprimento de regras de conduta é o meio utilizado para levar a sensação de *medo* às pessoas, de maneira que, em virtude de tal ocorrência íntima, deixe de praticar um certo ilícito.

Basta ocorrer, entretanto, situação prática na qual se fazem presentes os três aspectos do *triângulo da fraude*, já abordado neste trabalho, para que a pessoa, ainda que sob ameaça de sanção grave e severa, ceda aos instintos mais cominhos e, racionalmente, pratique a irregularidade.

Desta sorte, há um único caminho para que a pessoa humana, ainda que diante de fatores propícios para a ilicitude, decida não praticá-la: a disseminação e solidificação na personalidade da *cultura da integridade*.

Por certo, nas compras e contratações públicas não é diferente. Aliás, nesta seara, além de o ambiente ser ainda mais hostil e facilitador da prática de ato que caracterize desconformidade, porque a fiscalização é precária, o meio é corporativista, a segurança do servidor público em geral na permanência no posto público que ocupa super dimensionarem o aspecto da *racionalização* do triângulo da fraude e o “dono do dinheiro” ali envolvido ser quase que imaterial (o Estado e, por consequência, o povo), não se tem visto no decorrer da história os gestores públicos de cargos superiores se preocuparem efetivamente com a utilização de métodos de gestão corporativa que têm como objeto a disseminação e solidificação da cultura da integridade.

Todavia, esse contexto precisa ser combatido. Se o mundo corporativo vem há muito identificando e construindo ferramentas e métodos de combate ao ilícito de toda ordem, a fraudes e a desvios éticos, porque não a Administração Pública, e, por consequência, nos processos de contratações públicas, ser lançada mão, também, destes procedimentos e dispositivos?

Em recente escândalo de ética e integridade de repercussão mundial a UEFA, gestora europeia do futebol, maior e mais importante esporte da Terra, puniu o gigante centenário inglês Manchester City<sup>26</sup>, equipe detentora de 6 títulos do Campeonato Inglês, 6 títulos da Copa da Inglaterra, 6 título da Copa da Liga Inglesa, 1 Título da Recopa Europeia e 1 Semi-final de Champions League (2015-2016), atual 6º colocado no Ranking Mundial de Clubes de Futebol<sup>27</sup> e clube atualmente avaliado em (€) 2,474 mil milhões (bilhões) de Euros<sup>28</sup>, com receita anual de (€) 527,7 milhões de Euros, e o suspendeu por dois anos de participar de qualquer competição organizada pela entidade, além de ter aplicado uma multa de (€) 30,0 milhões de Euros.

A sanção administrativa fixada se deu porque o clube, segundo apurações levadas a efeito pela própria associação futebolística europeia, descumpriu regras de conduta impostas pelo chamado *Fair Play Financeiro da UEFA*, programa criado em 2010 pela instituição e que entrou em vigor no ano de 2011, cujo objetivo é levar qualidade e eficiência ao regime financeiro e de gastos dos clubes do “velho continente”, de sorte a equilibrar os gastos de tais agremiações. Por ter descumprido as regras insculpidas no programa mencionado, portanto, por ter agido contra as medidas de integridade fixadas pela UEFA, no que pertine às finanças, o Manchester City recebeu as severas punições citadas.

Note-se, a ocorrência citada se deu no mundo corporativo. Trata-se de uma entidade de gestão continental do futebol (UEFA), portanto, de natureza particular, conseqüentemente, sem qualquer natureza jurídica estatal, e um Clube de Futebol, também de natureza exclusivamente particular. Entretanto, porque na seara pública, por exemplo, nas contratações públicas, essas mesmas ferramentas não podem ser utilizadas, sempre com o fim de qualificar e melhorar o regime de execução dos contratos públicos?

É evidente que não se quer lançar mão, na hipótese aventada, de mecanismos estatais de intervenção na atividade privada. Somos da ideia, inclusive, com o mais profundo respeito aos pensamentos contrários, que o Estado deve se afastar da atividade econômica e que o intervencionismo de qualquer ordem é um mau para o próprio, para a sociedade, para a economia em geral e reflete negativa e diretamente no emprego e na renda das pessoas.

---

<sup>26</sup> [https://pt.wikipedia.org/wiki/Manchester\\_City\\_Football\\_Club](https://pt.wikipedia.org/wiki/Manchester_City_Football_Club)

<sup>27</sup> <https://www.clubworldranking.com/portuguese/ranking-clubes>

<sup>28</sup> [https://pt.wikipedia.org/wiki/Clubes\\_de\\_futebol\\_mais\\_ricos#cite\\_note-value-2](https://pt.wikipedia.org/wiki/Clubes_de_futebol_mais_ricos#cite_note-value-2)

No entanto, como é cediço, é mais do que explícito há muito tempo, inclusive para os que se dispuseram a estudar ao menos um pouco o liberalismo de mercado e de qualquer sorte defendem este modelo, que em certas situações específicas o Estado deve agir na atividade econômica, ainda que extraordinariamente.

A título de exemplo, no Brasil, quando uma empresa contratada pelo Estado para prestar-lhe serviços utiliza-se de mão-de-obra e não paga os salários dos empregados ou, ainda que seja, apenas os encargos salariais, a jurisprudência pacificou-se no sentido de impor que é obrigação solidária do Ente Público quitar tais encargos.

Neste sentido, e seguindo o exemplo do time inglês de futebol, é premente e absolutamente justificável que o Ente Estatal contratante crie mecanismos de conduta e controle no sentido de fiscalizar periodicamente a empresa contratada, fixar obrigações claras e objetivas a certificar que a mesma está obrigada a cumprir com as incumbências financeiras mencionadas, sob pena de imediata rescisão contratual, retenção de valores que deveriam ser pagos à empresa, proibição de participar de novos certames licitatórios e aplicação de multa civil administrativa, dentre outros possíveis.

Certamente, essas medidas, voltadas para a cultura da integridade no âmbito público, e o exemplo se restringe a um aspecto específico e elucidativo, mas poderia se referir a outras questões e a outros planos, qualificariam sobremaneira a execução dos contratos públicos, tudo para que as necessidades do Estado e o interesse público sejam efetivamente satisfeitos, mas também para evitar prejuízos da Administração.

A edição da Harvard Business Review Brasil de dezembro de 2019 trouxe artigo intitulado *6 sinais de que sua cultura corporativa é um risco*.<sup>29</sup> Sarah Clayton<sup>30</sup>, autora do artigo, narra que em pesquisa realizada pela United Minds<sup>31</sup> em parceria com a KRC Research<sup>32</sup>, “*um em cada cinco funcionários relata ter vivido uma crise cultural – um*

---

<sup>29</sup> <https://hbrbr.uol.com.br/6-sinais-de-que-sua-cultura-corporativa-e-um-risco/>

<sup>30</sup> Sarah Clayton é vice-presidente executiva da United Minds, onde ajuda CEOs e outros líderes seniores a desenvolverem e colocarem em prática estratégias de transformação para melhorar o desempenho da empresa. Clayton é especialista em promover mudanças culturais em apoio aos objetivos de negócios e liderou o desenvolvimento das ofertas culturais da empresa. Com mais de 15 anos de experiência na liderança de programas de “gestão de mudança de ponta a ponta”, Clayton assessora clientes em fusões e aquisições, reestruturação corporativa, transições de liderança e adoção de tecnologia em toda a empresa.

<sup>31</sup> <https://unitedmindsglobal.com/>

<sup>32</sup> <http://www.krcresearch.com/>

*incidente significativo em sua empresa, indicativo de um local de trabalho com atitudes e comportamentos problemáticos nos últimos anos.”*

No que pertine ao tema, o artigo segue com dados ainda mais deprimentes e explicita:

*“O que é pior, um número ainda maior de funcionários – 30% – espera vivenciar uma crise cultural, como por exemplo, assédio sexual, discriminação de gênero, má gestão financeira, fraude contra consumidores, falta de atenção com a segurança, ou um fraco desempenho em rankings de liderança, nos próximos dois anos, com base em suas percepções sobre o comportamento de seus empregadores. A pesquisa conduzida pela United Minds, em parceria com a KRC Research, nesse outono, aponta também que, apenas 28% dos funcionários concordam firmemente que há um alinhamento entre a forma de agir da empresa e seus valores declarados, uma descoberta que nos faz parar para pensar.*

Não é demais apontar que embora a análise científica explicitada tenha se dado em ambiente corporativo, no meio público, na Administração Pública propriamente a dizer, o resultado certamente não seria diferente. Desta feita, os dados colhidos e destacados podem perfeitamente servir de parâmetro para a Administração do Estado, de sorte a orientarem análises, identificações, fixação de medidas e monitoramento.

A cultura de ética e integridade na atividade estatal, no caso sob estudo, especialmente, quando o Estado realiza processo de contratação pública, é fundamental para a sobrevivência da sociedade. O Séc. XXI é o tempo da definitiva compreensão de que a gestão corporativa e suas ferramentas compõem matéria específica e de célebre importância e a sua aplicação no âmbito público é questão de ordem. Não há mais como a Administração desenvolver-se, por exemplo, sem utilizar-se dos instrumentos estabelecidos por Peter Drucker, e depois por outros de mesma vertente. Faz parte deste contexto, certamente, o sistema de Compliance e os métodos de atuação direta na cultura da integridade.

Na sequência, a partir do que foi possível colher na pesquisa apontada, a professora Sarah Clayton conclui que são os seguintes os 6 sinais de que a cultura corporativa de uma empresa - ou de um órgão público – está em risco:

a) *Investimento inadequado em pessoas;*

- b) Falta de responsabilidade*
- c) Falta de diversidade, equidade e inclusão*
- d) Mal comportamento no alto escalão*
- e) Ambientes sob alta pressão*
- f) Padrões éticos pouco claros*

Ademais, foi possível estabelecer como a corporação – pública ou privada – pode se resguardar dos riscos enfrentados pela cultura, os quais seguem:

- a) Garanta o comprometimento explícito do alto escalão*
- b) Monte uma equipe de vigilância cultural*
- c) Defina (ou atualize) suas expectativas sobre comportamento*
- d) Desenvolva uma estratégia contínua de vigilância cultural e atue sobre ela*
- e) Incorpore a cultura nos processos anuais de desenvolvimento estratégico e de planejamento*

Mostra-se com destacado valor o que conclui o artigo já mencionado, o qual, diga-se, “... levou a uma profunda revisão da literatura sobre o assunto e a uma pesquisa com mil empregados que trabalham em tempo integral, maiores de 18 anos, em empresas com 500 funcionários ou mais.”. Eis o epílogo do brilhante trabalho, que, no mais, também criou a rica denominação “vigilância cultural proativa”:

*“O fato é que, a cultura – geralmente considerada o ativo mais valioso de uma empresa – é um risco cada vez maior para organizações que não cuidam dela. A defesa ininterrupta em relação ao #MeToo, novos níveis de análise por parte de investidores e órgãos reguladores e ativismo cada vez maior nas mídias sociais forçam conselhos administrativos e CEOs a se responsabilizarem pela cultura de uma forma nunca antes vista.*

*[...]*

*Agora, mais do que nunca, empresas precisam construir e manter culturas que não apenas incorporem seus valores declarados e formas de trabalho, mas que sejam construídas para resistir ao volátil ambiente de negócios dos dias de hoje. Ao se tornarem vigilantes, organizações podem detectar suas vulnerabilidades*

*culturais antes que outros o façam, e podem agir para deter uma crise, mesmo antes que aconteça.”*

É premente observar que o Código dos Contratos Públicos Português, Decreto-Lei 111-B, de 31 de agosto de 2017, traz em seu texto, ao menos de forma genérica, mas com não menor importância, a preocupação com a cultura de integridade nos procedimentos e na execução dos contratos. Nota-se tal, especialmente nos itens 2, 3 e 4 do artigo 1º-A da norma mencionada, *in verbis*:

*“[...]*

*2 - As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.*

*3 - Sem prejuízo da aplicação das garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo, as entidades adjudicantes devem adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos.*

*4 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se conflito de interesses qualquer situação em que o dirigente ou o trabalhador de uma entidade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da entidade adjudicante, que participe na preparação e na condução do procedimento de formação de contrato público ou que possa influenciar os resultados do mesmo, tem direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do referido procedimento.”*

A cultura de integridade é, portanto, de destacada importância para que as contratações públicas observem na sua integralidade tudo e todo o quanto estabelecem as normas de regências, mas, sobretudo, o interesse público. Para tanto, é inescusável que o Estado se utilize das ferramentas e métodos dispostos pelo Sistema de Compliance, de sorte a elaborar, desenvolver e monitorar com eficiência e precisão eficiente e efetivo Programa de Ética e Integridade com todos os seus pormenores.

### **3.4 Due diligence aplicada e as fases do processo de licitação (procedimento do concurso) e da contratação pública**

Dentre as mais variadas ferramentas do Sistema de Compliance encontra-se a *due diligence*, por alguns doutrinadores denominada *due diligence de terceiro*. Ela representa um riquíssimo mecanismo através do qual é possível elaborar e detalhar acerca, no caso deste trabalho, de um possível contratado pela Administração Pública.

Para que se dê integral cumprimento aos preceitos superiores da ética e da integridade nas atividades administrativas do Estado, bem como para que se possa solidificar a cultura voltada para tais preceitos, é premente que o governo sempre firme contrato com empresas e parceiros que sigam o mesmo norte. Certamente, quando a Administração firma pacto contratual com *player* que não tem como norte de atuação e como preceito de conduta a honradez e a probidade, o poder público está sob ameaça. Por isso, é importante que os órgãos estatutais de gestão, quando firmam contrato, o façam com empresas e parceiros condignos.

O instrumental da *due diligence* permite, então, que o Estado, ao firmar contrato com certo *player*, faça uma varredura do seu histórico, da sua cultura e da forma como direciona os seus negócios e suas decisões de maior relevância, dos antecedentes de toda ordem de seus sócios, no caso de pessoa jurídica, da maneira como executou contratos administrativos em oportunidades anteriores, da forma como cumpre suas obrigações legais em geral, dentre outros.

Vale apontar que o conceito de *due diligence* não remete ao entendimento de que estar-se-ia a executar uma *dupla* diligência, uma *segunda* análise, a partir de uma suposta qualquer pesquisa anterior. O menos desavisado e mais distante da técnica do Compliance poderia confundir-se com o termo, por isso, é indispensável explicitar que o mesmo se refere

à *devida diligência*, na essência de indicar que houve esmiuçado e preciso trabalho de identificação de fatores pretéritos indicativos (ou negativos) da conduta ética e íntegra do terceiro.

Ainda, no que pertine às contratações públicas, a *devida diligência* deve ser utilizada tanto na fase preparatória como na fase externa do certame, mas também durante a execução contratual, quando o pacto já fora firmado e quando a empresa, já está a atuar em favor da satisfação dos interesses do Estado.

É de nosso sentir que à entidade adjudicante, isto é, ao Ente Estatal no qual transcorre-se o processo de contratação pública, é dado fixar no Edital de licitação, denominado pela legislação portuguesa de Caderno de Encargos ou Programa do Concurso, conforme o caso, que a assinatura do contrato fica condicionada à demonstração da empresa de que cumpre com as exigências de conduta ética fixadas em lei, além do que dispõem a Lei 12.846/2013 e Decreto 8420/2015 brasileiros, bem como que, se a *due diligence* indentificar alguma *red flag*, situação específica que coloque sob dúvida a integridade da empresa, a firmação do pacto administrativo pode ser negada.

Ademais, também é possível fixar nos instrumentos convocatórios dos processos de contratação pública que as empresas adjudicatárias ficam sujeitas à *due diligence*, como também os terceiros que por ela forem contratados para atuarem na execução do contrato a título de fornecedores, prestadores de serviços, terceirizados de qualquer natureza, intermediários de toda ordem e colabores em geral.

Desta feita, orienta-se que o Ente Estatal imponha contratualmente, inclusive, que caso a “*terceira empresa*”, assim denominada aquela contratada pela adjudicatária, portanto, não seja aprovada na *due diligence* ou levante alguma *red flag*, poderá ocorrer medida de veto e, em último caso, suspensão da execução ou extinção do contrato, além de aplicação das sanções cabíveis.

Se para a Administração é importante analisar com minudência quem serão os seus contratados de qualquer ordem, também assim o é em relação aos que podem, ainda que indiretamente, atuarem na execução do contrato administrativo.

Aliás, no Brasil, o Decreto nº. 8420/2015, editado pelo governo brasileiro com o mister de regulamentar a Lei nº. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, no inciso XIII, traz justamente este aspecto;

*Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:*

*[...]*

*XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;*

Não se pode olvidar, inclusive, que todos o contratados pela Administração Pública quanto os por eles subcontratados, já denominados de “terceira empresa”, devem estar conscientes e completamente aceites de que antes da firmação de qualquer pacto e também no decorrer da execução do contrato administrativo estão sujeitos à fiscalização realizada através de *due diligence*. Do importante escólio de FERNANDA SCHRAMM (2019) extrai-se que “São dois momentos, portanto, que exigem atenção: a fase de seleção, anterior à escolha do terceiro, e a fase de monitoramento, no curso da prestação dos serviços ou execução dos contratos.” (SCHRAMM, p. 270).

VERÍSSIMO (2018), em citação a GARCÍA CRAVERO (2014, p. 28) explicita com clareza o risco inegável que as empresas que contratam com o âmbito público devem considerar no que pertine à prática de possíveis atos ilícitos, relacionados diretamente ao distanciamento da integridade.

*“[...] Além disso, há setores de atividade mais sensíveis do que outros. Se a empresa mantiver contratos com o Poder Público, por exemplo, haverá maior risco da prática de corrupção. Nesse caso, o mais seguro é que a empresa institua e implemente um programa de compliance.”* (VERÍSSIMO, 2018, p. 275)

E continua a autora:

*“A OCDE elaborou um guia para empresas multinacionais, que contém recomendações dos governos para as empresas estabelecidas em mais de um país e que tenham atuação de maneira coordenada. As ‘Guidelines’ destinam-se a promover a conduta empresarial responsável num contexto global, consignando que a primeira obrigação das empresas é obedecer às leis domésticas dos países em que operam. Uma das política gerais é justamente de que*

*as multinacionais devem promover a consciência do compliance por arte dos empregados da multinacional, respeitando ainda a política da empresa, o que pode ser atingido por meio de programas de treinamento. Outra recomendação é a adoção da devida diligência com base no risco (risk-based diligence), por exemplo incorporando na empresas sistemas de administração de risco, para identificar, prevenir e mitigar impactos adversos presentes e futuros. O guia se dirige tanto às empresas privadas com às empresas estatais”.* (VERÍSSIMO, 2018, p. 275).

Note-se, quando se está a tratar de integridade e de cultura de compliance, a firmeza de decisões, a padronização dos processos, a clareza das medidas possíveis e a intransigência quando encontrada falta de integridade são aspectos determinantes.

Vale apontar, ainda, que em virtude de preceitos fundamentais inculpidos nas Constituições democráticas modernas, incluindo-se neste rol tanto a brasileira quanto a portuguesa, dentre eles os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência, antes de quaisquer ações do órgão estatal que possam imputar sanções às empresas, sejam as contratadas pelo Estado ou as contratadas delas, há necessidade de oportunizar manifestação e defesa.

### **3.5 Análise de riscos nas Contratações Públicas**

Um efetivo Programa de Compliance, dentro de um sistema amplo de elaboração e trato da ética e da integridade na atuação das corporações, sejam elas públicas ou privadas, deve se estabelecer através de elementos mínimos, quase que caracterizadores de pressupostos de tal programa.

São pressupostos (ou elementos) do programa citado, fatores que sempre, em qualquer situação ou para toda organização, pública ou privada, devem se fazerem presentes. Logo, um ou mais deles, se não se fizerem presentes, desconstituir-se-á a plataforma, transformando-a em algo, menos Programa de Compliance.

Os elementos de um Sistema de Compliance são minuciosamente tratados por VERÍSSIMO (2018; p. 246):

“Segundo o modelo proposto por Engelhart<sup>33</sup>, um programa de compliance estrutura-se em três colunas, que se subdividem, por sua vez, em três pontos. A primeira coluna corresponde à formulação do programa de compliance, a segunda refere-se à implementação desse programa, e a terceira corresponde à sua consolidação e aperfeiçoamento. A estrutura de um programa de compliance é assim organizada:

1ª. Coluna: Formulação (identificar, definir, estruturar)

- Análise de riscos e valoração dos riscos
- Definição de medidas de prevenção, detecção, comunicação, definição dos valores da empresa
- Criação de uma estrutura de compliance

2ª. Coluna: Implementação (informar, incentivar, organizar)

- Comunicação e detalhamento das especificações de compliance
- Promoção da observância do compliance
- Medidas organizacionais para criação de processos de compliance

3ª. Coluna: Consolidação e Aperfeiçoamento (reagir, sancionar, aperfeiçoar)

- Estabelecimento de um processo para apuração de violações ao programa de compliance
- Estabelecimento dos critérios para a sanção das violações ao programa de compliance
- Avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa

Mostra-se contundente na doutrina relativa ao Compliance, tanto aquela produzida no Brasil quanto a elaborada na Europa, que um dos elementos do Programa respectivo é a *análise de riscos*. Na linha exposta, inclusive, quando se trata de tal análise, nela estão incluídas o exame em si de ameaças, como também a valoração das mesmas, de sorte a se fixar qual o *grau* de perigo que os riscos identificados ensejam. No âmbito público, especialmente no que pertine às contratações públicas, o caminho e a técnica são os mesmos.

---

<sup>33</sup> No rodapé do texto a autora cita “Engelhart, 2012b, p. 711 e 712. Este modelo é adotado por outros autores, entre os quais Percy García Cravero (García Cravero, *op. cit.*, p. 27-52”

É preciso compreender que toda e qualquer atividade enseja riscos, tanto no âmbito privado quanto no âmbito público. O grande desafio do administrador, de que segmento for, é identificar tais riscos. Logo, trabalhar análise de riscos significa minorar ou relegar ao nada a existência de crise.

No mundo corporativo entende-se que, em verdade, o desafio é gerir riscos, pois que atreladas a eles sempre estão as oportunidades. Este ambiente certamente identifica nos riscos o local de onde podem surgir chances através e pelo uso das quais atingem-se objetivos buscados. Por isso, então, é que eles devem ser identificados e *geridos*.

*“Quando investidores compram ações, cirurgiões realizam operações, engenheiros projetam pontes, empresários abrem seus negócios e políticos concorrem a cargos eletivos, o risco é um parceiro inevitável. Contudo, suas ações revelam que o risco não precisa ser tão temido: administrá-lo tornou-se sinônimo de desafio e oportunidade.”* (BERNSTEIN, 1997, p. 276.)

Referentemente ao âmbito público, parece-nos que o sentido de risco sofre adaptações em relação ao acima explicitado, em razão de que o ambiente em si e os resultados buscados, por se tratarem de monopólio, não exigem que sejam atingidos certos resultados. Nem por isso, todavia, é possível afirmar que os mesmos não se fazem presentes. Fazem-se, mas sob outro espírito.

Por risco entende-se toda e qualquer situação que, caso efetivada, pode trazer determinantes que prejudicam o desenvolvimento normal e assertivo de certa corporação, de natureza pública ou privada. Esses aspectos prejudiciais, note-se, podem ocorrer sob várias vertentes, tais como, crises de reputação e confiança, acusação e posterior condenação em processos judiciais ou administrativos de toda ordem, sanções de natureza financeira, desenvolvimento dos planos estratégicos, dentre outros.

Neste sentido, toda atividade de gestão deve dar especial atenção à identificação dos riscos a que está sujeita, a forma como pretende expor-se aos mesmos e como pode trabalhar no sentido de tomar medidas que efetivamente venham evitá-los.

O Compliance nas contratações públicas, portanto, deve ater-se aos principais fatores que podem fazer com que ocorram ilegalidades no processo, deve cuidar com atenção das pessoas que na Administração desenvolvem os atos necessários, precisa ocupar-se com as empresas licitantes e, mormente, com quem que representa direta ou indiretamente tais

corporações privadas, deve analisar com precisão as características próprias do objeto da licitação e as implicações que ele detém, precisa, ainda, cuidar dos atos de execução do contrato.

É importante apontar, que o Setor Público está altamente sujeito a atos de corrupção e, derivante deles, atos de lavagem de dinheiro. Isso porque, como é evidente, todo ato de corrupção possivelmente vai necessitar, posteriormente, de providências através das quais os corruptos possam *regularizar* o dinheiro obtido.

Então, é possível notar que a Administração Pública, através do Compliance nas contratações públicas, ao adotar práticas assertivas de combate ao *branqueamento de capitais*, como é chamado em Portugal, pode também evitar atos de corrupção.

No sentido de combater a lavagem de dinheiro, tema bastante concernente ao Compliance e as Contratações Públicas, foi criado o GAFI – Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (FATF), que se trata de uma organização intergovernamental, cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Foi com a intenção de estabelecer orientações a respeito do tema que o GAFI lançou as chamadas *40 Recomendações*, firmadas em 2012 em documento denominado *Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação*. No item “1.” destas Recomendações está justamente a *“Avaliação de riscos e aplicação de uma abordagem baseada no risco.”*

Relativamente à gestão de riscos, reconhecida em inglês pela sigla *risk assesment*, nota-se que *“Engelhart recomenda a realização de um inventário de riscos, de acordo com a especialidade da empresa.”*(VERÍSSIMO, 2018, p. 279). Ao se adequar as recomendações mencionadas, podemos afirmar que é aconselhável que cada Ente Público tenha um inventário próprio de riscos, mas que em cada contratação pública, sobretudo as que envolvem maiores valores financeiros, é premente que o Sistema de Compliance, sob a égide do objeto a ser contratado, elabore também um documento individualizado que contemple os riscos a que está exposto.

Por evidência, alguns processos de contratação pública poderão, ao findar de cada inventário particularizado, ensejar um mesmo conteúdo. Entretanto, não temos dúvidas de que frequentemente, conforme as particularidades de cada objeto e, mormente, das empresas que podem dele participar, resultarão em riscos específicos.

Outrossim, para que o trabalho seja preciso e efetivo, além de tais ações, o Programa de Compliance do Órgão Público, sob nosso entender, precisará *classificar* os riscos identificados, dando a cada um deles uma espécie de catalogação, a partir das premissas *vermelho, amarelo e verde*, conforme gravidade das consequências para o Ente e para as pessoas nele inseridas direta ou indiretamente, bem como conforme elas possam atingir um, alguns ou todos os fatores de risco, tais como reputação, legalidade, finanças, administrativo e segurança e saúde.

A tradicional *matriz de risco* é a ferramenta ideal, mesmo que simples, para fixar-se essa catalogação:

		IMPACTO				
		Insignificante	Pequeno	Médio	Grande	Muito grande
PROBABILIDADE	Quase certa					
	Alta					
	Média					
	Baixa					
	Rara					

<http://www.gestaoproducaocomalexandro.com/analise-de-riscos/>

É possível apontar, além disso, que algumas etapas específicas do processo de contratação pública denotam riscos particulares, em virtude de singularidades que também só são identificadas nelas. Assim, deve-se segmentar a avaliação e gestão de riscos para cada uma destas fases, de maneira que a prevenção se torna mais efetiva e a mitigação de crises muito mais poderoso. Por isso, trataremos em seguida desta fases, em especial.

### 3.6 Canais de denúncia

O Sistema de Compliance, como sobredito, desenvolve-se sobre o tripé *PREVENÇÃO / DETECÇÃO / REAÇÃO*. Tal como este trabalho já abordou anteriormente, dentro deste círculo vivo de atuação, no centro, encontra-se o *líder-compliance*.

Atos de desconformidade de toda ordem, incluindo-se aí, por óbvio, a *fraude*, compõem um dos objetos de atuação de qualquer Programa voltado para o *Compliance*. A fraude, como sobredito, é, portanto, material de investigação e combate constante de todo sistema que busca a conformidade.

Neste âmbito, ao estabelecer uma estrutura sistêmica de tal natureza, a corporação ou o órgão público deverá elaborar criterioso e efetivo conjunto de ações que congrega canais, meios, propriamente a dizer, através dos quais informações as mais simples ou denúncias as mais aprofundadas relacionadas à possível fraude recorrente possam chegar aos veículos de investigação.

Note-se, neste contexto, que está-se a tratar não de uma questão, mas de duas consequências, quais sejam, os próprios canais de denúncia e, na mesma ordem, a composição que atuará na investigação.

Sendo assim, no que pertine aos organismos públicos e os seus respectivos setores de compras e contratações públicas, deverão os mesmos criarem dentro do Programa de Compliance uma composição de medidas, cujas ações devem ser raciocinadas com foco na eficiência do recebimento da informação central e de destacada importância a partir da qual, com os meios precisos e técnicos de investigação, poder-se-á chegar à fraude, à seus métodos e, mormente, ao seu autor.

Sob a ótica conceitual, a fraude nas contratações públicas denota todo ato contrário à lei ou ao regulamento praticado por agente público, participante de processo de contratação pública ou terceiro que age na qualidade de beneficiário de qualquer ordem ou como partícipe ou concorrente.

Ademais, a investigação se transcorrerá no órgão com tais atribuições e sob a batuta dos agentes públicos nele lotados e destacados para tal, cujos motivos de existência são receber a denúncia, analisá-la sob a ótica da existência do fato mínimo, realizar os atos investigativos correspondentes e cabíveis, sempre previstos na forma da norma de regência,

elaborar a conclusão acerca da ocorrência, a partir das provas colhidas, e a propor a ou as sanções possíveis.

Mencionada estrutura pode ser formada por servidores públicos ou por estes em conjunto com terceiros contratados e com atribuições próprias, previstas no contrato administrativo, os quais constituirão uma Comissão de Investigação. Esta Comissão pode ser constituída para cada caso ou, assim como mais eficientemente se identifica, compõe corpo organizacional permanente, podendo receber, conforme necessário, novos integrantes a atuarem em caso concreto.

São vários os efetivos canais de denúncia utilizados pelo *Compliance*. A maior preocupação que se tem quando a corporação ou ou órgão público vai criá-los é o necessário analisar as especificidades da estrutura e como estas contingências deteminarão a efetividade dos mecanismos receptores de denúncias.

Alguns deles se mostram sempre de excelente resultado, a despeito daquelas citadas contingências, de maneira que podem ser frequentemente utilizados, tais como e-mail corporativo, número telefônico específico (*hotline*), caixa de sugestões, relatórios *on-line*, comunicados, etc.

O denunciante, por sua vez, deve ter absoluta segurança quanto ao resguardo e observação de anonimato do seu nome e da sua identidade, bem como a confiança de que não sofrerá, jamais, retaliação em virtude da denúncia efetivada. Note-se, a garantia de não-retaliação, além de ser um direito do denunciante, é um dever da corporação.

Certamente, sem denunciante não há denúncia. Sem denúncia é muito mais difícil combater a fraude. Se o denunciante, então, não for devidamente protegido, os canais de denúncia se enfraquecem sobremaneira, pois que a informação não chega precisa ou muitas vezes nem é disponibilizada.

Mais do que isso, portanto, é sempre de extrema importância que a legislação tenha previsão expressa tanto da obrigação de denunciar, como também das proteções as mais eficientes quanto ao nome e a pessoa do denominado *whistleblower*.

Em tradução literal, esse é o *soprador de apito*. Pela atividade corporativa e do setor de *Compliance* em geral, *whistleblower* é reconhecido como aquele que leva até as autoridade ou aos setores competentes a possível existência de prática de ilícito, tanto de ordem legal quanto de ordem ético-moral. Este último, vale ressaltar, é aquele que muito

embora não está previsto em lei, faz parte do rol de políticas éticas da instituição, geralmente, e todos os seus colaboradores diretos e indiretos, além dos seus parceiros de negócios.

Pelo mundo, pode-se notar inúmeros atos normativos que buscam a proteção do *whistleblower*. Dentre eles podemos citar o *Sarbanes-Oxley Act* (USA), conhecida também como *No-Fear Act*, o *Whistleblower Protection Act* (Índia) e a *Lloyd-La Follette Act* (USA). No Reino Unido, no que pertine ao que ora se discute, relativamente à proteção do denunciante, podemos destacar o caso *Clyde & Co LLP and another versus Bates van Winkelhof*.

No Brasil, em 03 de dezembro de 2019 o Presidente da República Federativa baixou o Decreto nº. 10.153, que tem como fundamento “*as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018.*”. Note-se, portanto, que se refere a instituto normativo que expressamente protege a figura do denunciante em casos de informações relacionadas a atos contra a Administração. Pelo conceito, nesta senda, é simples identificar que em terras brasileiras o denunciante de fraudes em licitação está protegido pelo Decreto citado.

Não bastando, também no Brasil foi editada a Lei nº. 13.608, de 10 de janeiro de 2018, que anteriormente ao Decreto citado já previa “*sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins*”.

Nesta norma, encontram-se disposições específicas que contemplam a proteção da identidade do *whistleblower*, como se nota:

“ *Art. 3º O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados.*

[...]

*Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos*

*administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.*

*Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.*

*Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.*

*Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.*

*Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.*

*§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.*

*§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.*

*§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.*

É necessária a existência de tais mecanismos protetivos, porquanto, para além da necessidade da dependência que o Compliance tem do denunciante, mais ainda o mesmo tanto pode sofrer consequências relacionadas à sua integridade, mas também à sua vida e carreira, porquanto, em muitos casos, a retaliação sobre ele pode ser praticada por muitas pessoas atingidas pela possível denúncia.

Neste sentido, ensinam LAMBOY e RODRIGUES (2017, p. 617-618):

*“Os denunciantes podem ser funcionários ou outros envolvidos em uma organização, como trabalhadores temporários, estagiários, voluntários ou subcontratados. No entanto, um denunciante também pode ser qualquer pessoa que tenha informações relevantes, incluindo fornecedores, clientes e cidadãos que possam ter uma conexão com a organização, direta ou indiretamente.*

*Aqueles ameaçados pelas divulgações de um denunciante podem se engajar em retaliação ou represálias projetadas para punir, desacreditar ou silenciar o denunciante e outros envolvidos para dissuadi-lo a falar. Essas ações podem assumir várias formas, incluindo assédio, investigações punitivas, demissão, ação judicial, denúncia pública e lista negra. Possíveis ameaças de violência também podem ser feitas, especialmente, mas não exclusivamente, se o crime organizado está envolvido.*

*Os alvos de represálias podem incluir o denunciante e qualquer pessoa cujo sofrimento é susceptível de colocar pressão adicional sobre o denunciante (por exemplo, colegas, amigos, família)*

*Represálias podem ter consequências que mudam a vida, como perda de carreira e meios de subsistência, intensas dificuldades financeiras, isolamento social e lesões psicológicas graves. Famílias podem romper com a pressão de represálias, e um número*

*significativo pode contemplar suicídio em algum momento. Por isso a questão do sigilo é muito importante.*”<sup>34</sup>

Aos órgãos nos quais ocorrem as contratações públicas, desta forma, é de extrema importância a existência de efetivos canais de denúncia, os quais devem contemplar concreto sistema de proteção do denunciante, tudo o que, ademais, leva credibilidade, transparência, informação, segurança e lucidez aos processos, de sorte a beneficiar o Estado, os cidadãos e os futuros contratados.

### **3.7 Monitoramento da integridade na execução contratual**

Já o afirmamos anteriormente neste trabalho, qualquer processo de licitação (no Brasil) ou procedimento de contratação pública (em Portugal), é realizado e deve se prestar a um fim: *o contrato administrativo*.

Desenvolvido o respectivo processo administrativo fixado pela lei, transcorre-se referido contrato e, por evidência, inicia-se a fase de execução do objeto nele fixado.

Essa fase tem cabal importância, também, para o Sistema de Compliance, em razão de que durante na mesma podem ocorrer atos os mais variados, de várias pessoas, contraditórios com a legalidade e com a ética e integridade. Aliás, neste sentido, em muitas ocasiões da fase de execução do contrato público é possível encontrar situações não só de fraude, mas de conflitos de interesses.

Do escólio de MOTTA (2015) é possível extrair que “*atualmente, pode-se afirmar que os maiores desvios de recursos públicos ocorrem na execução, e não na formalização do contrato*”.

A legislação prevista, especificamente a Lei 8.666/1993, contém a fase de execução do contrato administrativo a partir do artigo 66, justamente quando também se inicia a denominada Seção IV, do Capítulo III – DOS CONTRATOS. No âmbito português, o Decreto-Lei nº. 111-B, de 31 de agosto de 2017, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2018,

---

<sup>34</sup> Excerto extraído de artigo escrito na obra conjunta Lamboy, Christian K. de (Org.) (2017). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto Arc.

fixa a mencionada execução a partir do seu artigo 286, do Capítulo III – EEXECUÇÃO DO CONTATO.

No que tange às ilegalidades possíveis nesta etapa do contrato, atos, por exemplo de corrupção, improbidade administrativa ou até lavagem de dinheiro, ligados à execução dos contratos públicos, há certas circunstâncias específicas que devem ser observada e que podem levar a tais. Sendo assim, a Administração deve se atentar para situações especiais como i. existência, no pacto administrativo, de cláusulas com exorbitância, ii. a pessoa que fiscalizará a execução do objeto do contrato, iii. o cumprimento de prazos previstos inicialmente, iv. pedidos, de parte da empresa contratada, de reequilíbrio de valores, reanálise de índices e de exigências mínimas, v. medições e liquidação de pagamentos, vi. liberação de pagamentos e efetivação dos mesmos, vii. finalização e quitação do pacto.

O tema é abordado, também, sob outra ótica, mas com o mesmo objetivo, qual seja, demonstrar sentidos de vulnerabilidades relacionadas ao contratado, as quais se iniciariam no momento da assinatura do contrato e se seguiriam pela execução do mesmo. Com esta linha de raciocínio SCHRAMM (2019, p. 76), ao citar JUSTEN FILHO, assevera:

*“Marçal Justen Filho elenca as cinco principais manifestações das prerrogativas da Administração Pública que reforçam a vulnerabilidade do contratado. A primeira consistiria na ‘escolha’ entre contratar e não contratar, fulcrada no entendimento majoritário de que não há direito subjetivo à contratatação. Assim, mesmo que o particular participe e saia-se vencedor da licitação, o agente público pode – dentro dos limites legais - ‘optar’ pela contratação. A segunda se traduziria na imposição legal de que o particular continue prestando os serviços, a despeito do inadimplemento da Administração Pública, por um período de 90 dias. A terceira residiria na possibilidade de alteração unilateral das condições contratuais. A quarta, na autoexecutoriedade das sanções impostas ao contratado, independentemente da intervenção de uma autoridade imparcial. Por fim, a quinta manifestação da vulnerabilidade do contratado consistiria na possibilidade de extinção do contrato por decisão unilateral da Administração Pública, com base em juízos de conveniência administrativa.*

*Em todas essas situações é possível que os representantes da Administração Pública exijam alguma espécie de contrapartida para 'escolher', dentre as suas opções, aquela mais favorável ao contratado. Não é incomum que os agentes públicos esperem alguma espécie de vantagem para reconhecer a execução do objeto – no âmbito das medições -; conceder um reajuste devido; ou pagar por um serviço devidamente prestado, sobretudo quando não há a respectiva formalização. A dificuldade está em receber pelos serviços que foram prestaos”.*

Por certo, nos meandros da complexidade que representa a execução de um contrato administrativo, mormente quando se refere a alguns objetos, tais como grandes obras, fornecimento longo e com destacado conteúdo de produtos os mais variados, realização de serviços complexos, o risco é ainda mais relevante.

Em muitas ocasiões ouve-se de representantes de empresas contratadas pelo poder público e que se envolveram em algum tipo de fraude na execução do contrato que “*a empresa, para sobreviver, precisa se sujeitar aos pedidos fraudulentos de agentes públicos, caso contrários, seria a sua autodestruição”.*

Por outro lado, nota-se, também, que foi o representante da empresa quem se dirigiu até a autoridade pública e ofereceu, mediante favorecimento no contrato, algo correspondente a ilegalidades e fraudes.

Num e noutro caso, em verdade, as motivações não se sustentam e não afastam o ilícito, porquanto denotam se prestarem exclusivamente a justificar ato antiético e de falta de integridade, sempre inadmissíveis, em qualquer ocasião.

As atuações corporativa e pública devem estar inalienável e umbilicalmente ligadas à cultura da integridade, do cumprimento de valores éticos e da observância às normas cogentes, de maneira que, em sendo assim, ao se deparar com pedidos e ofertas ímprobos e criminosos, tanto o empresário quanto o gestor público devem se reportar à autoridade policial ou à autoridade investigativa competente, afastando-se, portanto, da prática da fraude, ainda que as condições particulares que cada um enfrenta pudesse enquadrar-se na racionalização ou na necessidade, elementos do triângulo da fraude.

Aliás, ao atuarem sempre desta forma, observar-se-á obrigatória e inexoravelmente, uma natural limpeza ética das estruturas administrativa e corporativa, de maneira que tudo isso representará não morte, jamais, mas vida sólida tanto das empresas quanto dos órgãos estatais.

De seu norte, o Tribunal de Contas da União brasileiro teve ocasião de relacionar, a título de orientação, 10 tópicos intimamente ligados à integridade da execução de contratos administrativos:

*“1) O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições: “Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade”. Indica que a culpa pode ser daquele que tinha o dever de oferecer ao Gestor ou Fiscal do contrato condições para tanto. Acórdão n.º 839/2011-Plenário*

*2) Responsabilidade solidária do fiscal com os atos da contratada. O Fiscal do Contrato responde solidariamente com a empresa por possíveis danos (a) causados pela execução irregular do contrato, conforme art. 16, § 2º da Lei nº 8.443/1992. Lei nº 8.443/1992: Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. AC. Nº 380/2008 – TCU – 1ª Câmara*

*3) Necessidade de o Fiscal ter tempo hábil para fiscalizar. Determinação para que na designação do fiscal do contrato, encarregado do acompanhamento da execução do contrato, seja observada a necessidade de que tal profissional possua tempo hábil suficiente para o desempenho das funções a ele confiadas, nos termos da art. 67 da Lei 8666/93. AC. 299/2007 – TCU – 1ª Câmara*

*4) Determinação para que sejam designados fiscais de contratos, servidores ocupantes de cargos (c) da área técnica ou administrativa que realmente tenham condições de desempenho tal mister. AC. Nº 2.960/2006 – TCU – 1ª Câmara*

*5) Obrigatoriedade das anotações das ocorrências e da determinação para a regularização das inexecuções contratuais.*

*“9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Jarú/RO que: (...) 9.2.2. observe o disposto na Lei n.º 8.666/93, especialmente no que diz respeito ao art. 67, § 1º, procedendo às anotações em registro próprio de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou defeitos observados;” Acórdão n.º 558/2006 – Primeira Câmara.*

*6) Obrigatoriedade de aplicar as sanções previstas na Lei 8666/93 sopesadas com a gravidade da inexecução contratual. Tomada de contas especial. Programa nacional de alimentação escolar. Irregularidade na aplicação de recursos. Elisão do débito.*

*Falhas verificadas na distribuição de alimentos às escolas e na execução de contrato de fornecimento. Contas julgadas regulares com ressalvas. Determinação. O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/92, observado o devido processo legal. Acórdão 2558/2006 – Segunda Câmara.*

*7) Acompanhamento e fiscalização rigorosos, com exigência das cópias dos documentos comprobatórios das obrigações trabalhistas.*

*9.4. Recomendar à Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 250, III, do RI/TCU, que:*

*- Acompanhe rigorosamente o cumprimento, pelos fornecedores de serviços, de todas as suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias relacionadas ao respectivo contrato de terceirização, exigindo cópias dos documentos comprobatórios da quitação dessas obrigações, com o intuito de se resguardar de eventuais condenações judiciais por responsabilização subsidiária;” Acórdão 2085/2005 – Plenário*

8) *Ilegalidade em manter execução contratual com contrato sem vigência. Prática ilegal de termo aditivo com data retroativa.*

*Por fim, a celebração de aditivos referentes a contratos com prazo de vigência expirados não encontra amparo no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que veda a manutenção de relações contratuais sem a devida formalização do instrumento de ajuste.*

*Essa irregularidade denota falha no acompanhamento da execução dos contratos firmados pela universidade que, para remediar o período sem amparo contratual, confere ao aditivo efeito retroperante.*

*A considerar que, da totalidade dos ajustes fiscalizados pela Unidade, essa prática não foi generalizada, julgo conveniente determinar à Fundação Universidade Federal do Acre que, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993, observe o fiel acompanhamento da execução dos contratos administrativos por ela firmados, a fim de prevenir a ocorrência de períodos sem cobertura contratual.” Acórdão 2563/2006 – Segunda Câmara.*

9) *A responsabilidade da Gestão e Fiscalização do Contrato pesa sobre a pessoa do Representante nomeado para tal. Não procede a alegação de que foi induzido ao erro porque estava sob forte pressão.*

*Verifica-se, do texto da Lei nº 8.666/93 (art. 67), que o dever atribuído ao representante da administração para o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato não deixa margem a que possa esse representante sucumbir a pressões.*

*É dele a responsabilidade pelo fiel cumprimento de cláusulas contratuais, cabendo-lhe, inclusive, adotar providências no sentido da correção de falhas observadas. Portanto, não cabe acolher o argumento de indução ao erro.*

*“Se assim aconteceu, o Sr. Charles Ariel contribuiu para o resultado verificado.” Acórdão nº 994/2006 – Plenário.*

10) Finalmente, o Tribunal de Contas da União, reitera o que vem recorrentemente afirmando sobre a necessidade de haver um programa continuado de capacitação do Servidor Público que assume as funções de fiscal de contratos. AC 2449/18 – P.”<sup>35</sup>

Por fim, um aspecto que pode evitar consideravelmente eventos de fraude na execução dos contratos administrativos é uma eficiente e rápida resposta do Poder Judiciário nas ações propostas pelas empresas contratadas pelo Estado, quando se referem e têm como núcleo questões relacionadas à inexecução contratual por parte deste último, tais como medições, pagamentos e revisões contratuais extemporâneos ou marcados pela lentidão.

Ao dar resposta rápida nestas situações, o Poder Judiciário coíbe agentes públicos com intenções escusas, antiéticas ou ilegais de lograrem êxito nas medidas que terminam por tomar e que na verdade têm um único objetivo, qual seja, o de pressionar de alguma maneira o contratado a ceder às pressões e a aceitarem a prática escusa.

No que se refere a Portugal, vale observar que a resposta acima mencionada deve ser dada, nos termos de suas contingências jurisdicionais, pela Jurisdição Administrativa, competente para julgar tais casos. Frise-se, no Brasil não há tal jurisdição, ficando sob responsabilidade, então, da Justiça Comum ou da Justiça Federal, conforme o caso.

### 3.8 Gestão de crises

No conceito de *Compliance* por nós apresentado neste trabalho, sem, evidentemente, a pretensão de encerrar a temática, porquanto, é nosso sentir que *ele* é assunto vivo e em pleno início de desenvolvimento, de sorte que, agora, somente está-se a começar a compreendê-lo. Com o desenrolar do tempo, será possível construí-lo solidamente como um sistema, quiçá como uma área da ciência, no futuro, tal qual ocorrera com a gestão.

Em termos conceituais, portanto, deliberadamente inserimos no conjunto de aspectos que o compõem, a elementar *gestão de crises*. Temos conosco, embora isso não seja unanimidade, ao que respeitamos, que gerir crises integra as atividades e faz parte das atribuições de um efetivo Programa de Compliance.

---

<sup>35</sup> Fonte: <https://institutocapacitar.com.br/gestao-e-fiscalizacao-contratual/orientacoes-do-tcu-fiscalizacao-de-contratos/>

A justificativa é simples: risco e crise são generalidades que se completam e, portanto, devem ser tratadas, cuidadas, dentro da mesma atividade de gestão, qual seja, o *Compliance*.

Nesse sentido, numa corporação, pública ou privada, esse Sistema e tudo o que lhe diz respeito, deve ter plenas condições de elaborar acurada análise de risco em relação a qualquer temática que lhe é afeta, mas, também, deve estar preparado para, em ocorrendo os aspectos que previu como episódios de risco, trabalhar com afinco e competência e mitigar as consequências, os danos, de uma crise.

Na prática, o árduo caminho a ser seguido pelo operador de *Compliance* de um órgão público, e dentro de um processo de contratação, se inicia desde a avaliação dos riscos que ele naturalmente detém, perpassa pelas medidas de prevenção, detecção e reação de possíveis fraudes, está atrelado aos processos e procedimentos que vão comedir a fraude, aproxima-se com destaque das ferramentas que podem ser utilizadas para isso e, ao final, chega até os episódios de contenção de crise e redução, total ou parcial, conforme possível, dos danos dela decorrentes.

Não são poucas as crises que podem ser enfrentadas num processo de contratação pública. Esta área é altamente regulamentada pela legislação de regência, muitas vezes até mais do que seria necessário, o que conflita com a eficiência e a eficácia dos serviços públicos, como também está sujeita à análise e investigação constante de corpos técnicos de controle, dos próprios servidores dos órgãos públicos, das empresas licitantes, do Ministério Público e, porque não, da imprensa.

Outrossim, todo esse arcabouço que circunda as compras e aquisições públicas também tem motivo no interesse econômico. Deveras, o Estado é um grandioso “gastador”, tem uma condição financeira invejável para gastar muito e, então, as atenções decorrentes do “dinheiro”, muitas vezes escusas, são próprias desse ambiente.

É certo que o objeto a ser contratado e o volume geral de dinheiros envolvidos podem trazer maior ou menor risco para o processo público. Disso decorre, em relação direta e proporcional, que tais elementos também ensejam maiores e mais densas, ou menores, crises.

Num processo de contratação governamental podem estar presentes, e efetivamente ocorrerem, crises as mais variadas, tais como as de ordem reputacional, as de ordem cível, as de ordem administrativa, as de ordem penal, as de ordem financeira, etc.

Essas consequências, de tão grande monta, geralmente, podem atingir, caso ocorra uma crise de natureza ética ou de integridade num concurso (licitação) público, não só o órgão do governo em que o certame tramita, mas, também, *as pessoas* que nele atuam, *as empresas* envolvidas no processo, *outras autoridades* e até *terceiros de toda ordem*. Ademais, em termos reputacionais, uma grave crise de conformidade como a que se explicita, muitas vezes pode atingir seriamente até pessoa que a princípio não guarda com ela qualquer relação direta ou indireta, mas, simplesmente atua nos órgão governamental ou em favor das empresas envolvidas.

Note-se, portanto, geralmente num processo de tal natureza e conforme os valores e os interesses que ele envolva, o risco relacionado à integridade será profundo e, assim, os cuidados da área técnica serão ainda mais importantes.

Um pequeno deslize de natureza ética ou de honradez de uma única pessoa envolvida num processo de contratação governamental pode destruir uma reputação amargamente construída há anos, ainda que posteriormente venha demonstrar cabalmente que nenhum envolvimento tem ou que responsabilidade alguma guarda com a questão.

Para quem tem a responsabilidade, dentro dos Entes Administrativos, de cuidar da ética e da integridade dos processos de contratação, portanto, para os profissionais que estão diretamente envolvidos com o Sistema de Compliance de órgãos ou entidades do Poder Público, é preciso compreender que num momento de crise o que deve estar sob primeira ótica é a integridade dos nomes das pessoas, o direito de defesa, o direito de serem compreendidos inocentes até que se prove cabalmente o contrário e, por fim, a reputação de todos os envolvidos.

Sendo assim, processos obscuros e que vão além dos limites da lei e medidas acusatórias açodadas e precipitadas demonstram-se absolutamente ineficazes, injustificáveis e, quando não, prejudiciais para o esclarecimento da verdade. Além disso, podem, inclusive, trazer consequências graves para aqueles que buscam a conformidade e que, a princípio, nenhum ilícito praticaram.

Algumas ferramentas foram construídas ao longo do tempo pelos gestores os mais brilhantes, a partir do *know how* que vêm a adquirir com as experiências vividas, mediante as quais é possível, repise-se, mitigar os danos decorrentes de uma séria crise. No âmbito das contratações públicas é possível utilizar tais *tools*.

Em resumo, sugerimos que os gestores públicos atuantes na área do *Compliance* orientem seu programa de análise de riscos e de solução/abrandamento de crises através do denomina **7R's**, composto por:

- *RECONHECER (Identificar/mapear)*
- *RANQUEAR (Avaliar/analisar)*
- *RESPONDER (4Ts)*<sup>36</sup>
- *RECURSOS (Controle)*
- *REAGIR (Planos de contingência)*
- *REPORTAR E MONITORAR*
- *REVISAR*

Um último aspecto que reputamos de extrema importância para o sucesso da gestão de crises, isso em todos os âmbitos, nas contratações públicas também, portanto, é a importância e a qualidade da comunicação de todas as medidas implementadas, sejam elas para *stakeholders* internos ou externos.

Neste sentido, não basta apenas comunicar a todos os *players* as ações, suas atribuições, o que devem realizar e em que momento, os prazos derradeiros e outras elementares, tudo relativamente ao plano de contingência de crise, mas, outrossim, é cabal que os meios de comunicação utilizados sejam sempre os melhores e mais eficientes.

### **3.9 Certificações relacionadas ao Sistema de Compliance**

É proposta desse trabalho acadêmico, além de atender a todas as exigências decorrentes dos requisitos impostos pela Academia, conseguir apresentar aos agentes públicos e aos atuantes nas contratações públicas uma proposta suficientemente capaz de orientá-los para a aplicação prática do Compliance no âmbito do Estado e de suas compras e aquisições em geral.

---

<sup>36</sup> Neste item, “RESPONDER”, o gestor de crises pode se orientar através de uma outra ferramenta, a que se denomina *4Ts*, correspondente a *TOLERAR, TRATAR, TRANSFERIR E TERMINAR*. Ao estabelecer análise precisa da questão, uma dessas orientações deve determinar a decisão do gestor, sempre conforme o caso prático.

Fica expressado o entendimento, então, de que é desafio da academia estar na condição de aprofundar o estudo sobre certo tema, estabelecer premissas e orientar análises, mas, também, ao final, além de propor conclusões, tornar possível que todo o conteúdo consiga se solidificar em termos factíveis.

Porquanto nos aproximamos do final desta peça, depois de planejar, elaborar, criar e colocar em prática o Sistema de Compliance numa estrutura de contratações públicas existente em certo órgão ou Ente estatal, será possível ao gestor, dentro dos conceitos fixados, buscar as certificações disponíveis, as quais, por absoluto, podem estabelecer linhas de avaliação e solificação daquele Sistema e do programa efetivamente implantado e desenvolvido.

Como já o explicitamos, três aspectos são essenciais para o Compliance, porquanto representam sua constituição: PREVENÇÃO, DETECÇÃO E REMEDIAÇÃO. Cada qual destes preceitos devem ser devidamente elaborados e desenvolvidos, de sorte que representem, sob quaisquer condições, inegável efetividade.

Esta efetividade, indispensável, portanto, será mais tarde analisada pelas demais *linhas de defesa*, conforme suas competências, mas, também, poderá ser avaliada a partir do cumprimento dos critérios exigidos pelas mais amplas certificações possíveis.

Importa anotar, certamente não será a conquista ou a negação de uma certificação que poderá estabelecer conceito ou, mais, preciso *juízo* acerca do Programa de Compliance desenvolvido em certa estrutura de contratação pública. Esta não será mais ou menos íntegra ou conforme caso conquiste ou não uma certificação. Todavia, como explicitamos, trata-se de um importante mecanismo de avaliação e de monitoramento do programa desenvolvido naquele órgão, bem como terá boas capacidades de demonstrar com objetividade pontos específicos que precisam ser melhorados, reavaliados ou mudados naquele certo Programa.

A fim de que fique frisado, quando se está diante de uma certificação, em verdade se está em face de um conjunto de requisitos que, em tese, demonstram a *qualidade* de algo. Em relação ao Compliance não é diferente, contanto que se tenha de forma criteriosa e crítica a maneira como estas certificações são estabelecidas, de sorte a não banalizar os Programas voltados para a integridade e a ética.

Dento do vasto campo de sistema de reconhecimento de qualidade, qual seja, processo esse que leva a uma *certificação*, no âmbito do Compliance podemos destacar as ISO 37001, 19600 e 31000.

A ISO 37001 tem como aspecto fundamental o cumprimento de norma anticorrupção e antissuborno. Note-se, suas bases estruturantes, assim, estão absolutamente atreladas a questões diretamente relacionadas à atuação da governação pública e dos contratos governamentais. Logo, mostra-se de considerável importância para tal âmbito e, sob nosso sentir, é das mais importantes no que se refere ao Compliance Público.

Não é demais afirmar, no decorrer do desenvolvimento e da evolução do Compliance nas contratações públicas, chegar-se-á num momento em que serão do contexto do processo licitatório medidas com o fim de avaliar e pontuar se e como as empresas que pretendem firmar contrato com o Estado, mantêm e executa os critérios previstos na ISO 37001.

Outrossim, a ISO 19600 foi adotada pela brasileira ABNT e se refere a um conjunto de diretrizes que segue padrões internacionais, cujas bases decorreram de norma editada na Austrália (AS 8306), e que tem como objeto central fixar instruções para a elaboração, desenvolvimento, monitoramento, avaliação e melhoria da estrutura dos Programas de Compliance e da conformidade nas corporações, sobretudo sob a ótica da eficiência e da efetividade.

É preciso notar, desta feita, que esta ISO é de fundamental importância para os sistemas de contratação pública dos mais variados órgãos e entes estatais, porquanto permite avaliar individualmente se o futuro contratado pelo Estado deveras atua com assertividade no sentido do cumprimento das premissas da conformidade ou, contrário, se detém programa de conformidade de “fachada” ou, para não dizer o mais, totalmente inefetivo.

Por fim, é mister traçar linhas, ainda que perfunctórias, acerca da ISO 31000, cujo objeto é prescrever padrões diretamente ligados à fixação e análise de riscos a que estão sujeitas corporações e suas mais variadas ações e decisões. Tal como já cuidado neste trabalho, a gestão de riscos é uma política voltada para a identificação, metrificação, administração e mitigação de riscos que podem comprometer uma corporação ou trazer para ela impactos negativos de toda ordem, inclusive as de natureza pública.

Indicamos, anteriormente, que é medida necessária para a conformidade de qualquer processo de contratação pública, sobretudo os de maior vulto financeiro, que na fase e em momento oportuno sejam realizadas análise e gestão de riscos a que está ele submetido, de sorte a buscar com eficiência a prevenção e a mitigação de impactos inconvenientes decorrentes da quebra da congruência ética.

De se observar, pelo explicitado, que as certificações relacionadas ao Compliance, podem ser ferramenta bastante ativa para o sucesso de qualquer programa de tal natureza.

### **3.10 Compliance nas contratações públicas em tempos de crise pandêmica: pequenas anotações relacionadas à pandemia da COVID-19**

No limiar do ano de 2020, após reporte da China à Organização Mundial de Saúde, acerca de um vírus, cujo contágio teria se originado na cidade de Wuhan, o mundo viu-se mergulhado numa pandemia.

Foram paralisados, ou sofreram reveses de destaque, países, serviços do Estado, políticas públicas, a Economia mundial. Por certo, este impacto também atingiu as contratações públicas em todos os lugares do mundo.

De outro norte, ao se tratar de épocas extraordinárias como esta imposta pela pandemia do COVID-19, necessário se faz refletir acerca da estrutura do estado democrático de direito e de suas implicações a partir da lição de GINSBURG e VERSTEG<sup>37</sup>(2020), que tiveram ocasião de escrever artigo<sup>38</sup> para a Harvard Law Review e assim se manifestaram:

*“A luta contra o COVID-19 levou muitos países, incluindo democracias liberais, a tomar medidas extraordinárias que, sem dívida, seriam constitucionalmente problemáticas em tempos normais. Em todo o mundo, testemunhamos países inteiros sendo bloqueados, com vigilância em massa de telefones celulares, serviços religiosos suspensos, viagens restritas e toque de recolher imposto por militares. Embora essas medidas sejam amplamente apoiadas pelo público em muitos países, alguns estudiosos e*

---

<sup>37</sup> Tom Ginsburg é professor Leo Spitz da Universidade de Chicago, onde também ocupa um cargo no Departamento de Ciência Política; possui B.A., J. D. e Ph.D pela Universidade da Califórnia em Berkeley. Mila Versteeg é professora de Direito da Universidade de Virgínia e pesquisadora sênior no Miller Center.

<sup>38</sup> <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>

*ativistas alertaram que elas podem levar a uma deterioração das liberdades civis e da democracia constitucional a longo prazo. Especificamente, eles se preocupam com o fato de muitos líderes não desistirem facilmente de seus novos poderes e que as restrições à liberdade civil se tornem o novo normal. Embora seja claro que seja cedo demais para explorar as consequências de longo prazo do COVID-19 para a democracia constitucional, acreditamos que é útil entender as bases legais para os poderes extraordinários que os governos estão exercendo atualmente.”*

Cada país tem a sua legislação própria, no que pertine à forma e ao processo de compras públicas. Já tivemos ocasião de mencionar nestre trabalho as principais normas brasileira e portuguesa que regem tal atividade em cada um desses países.

Ocorre, todavia, que as implicações e as contingências advindas de uma situação tão excepcional quanto uma pandemia como a que se está a analisar, que já contaminou mais de 7.026.569 (3.187.734 casos ativos) de pessoas pelo mundo e já ceifou a vida de mais de 403.077 indivíduos<sup>39</sup>, segundo dados oficiais, fazer ligar o alerta de atenção quando se trata de contratação pública, por que as necessidades e a urgência com que devem ser firmados contratos públicos muitas vezes levam à quebra da conformidade e da ética. Na prática, tal situação pode levar, como tem-se notado com facilidade, ilegalidades as mais variadas nas contratações estatais.

Entretanto, de outra banda, não se pode olvidar que de fato as condições decorrentes destas situações de calamidade pública impõem agilidade e eficiência ao Estado, aspectos que rotineiramente são de difícil ocorrência quando se está sujeito a um sistema burocrático e de controle extremo, como é o caso do Brasil, anote-se.

A questão é: como resolver esse dilema? Sem qualquer pretensão de trazer solução, mas com o fim simplesmente de indicar algumas possíveis medidas, temos conosco que, primeiramente, o Compliance pode ajudar muito nestas situações, porquanto, ainda que sujeito a contratações que denotam risco para a conformidade, ele permite aos órgãos estatais buscarem mitigar esses riscos com medidas como *due diligence*, matriz de risco, gestão de crises, dentre outras, as quais já tratamos com mais profundidade anteriormente.

---

<sup>39</sup> Informação do site <https://www.covidvisualizer.com/> em 20/04/2020, às 16:47 minutos de Brasília, capital do Brasil (3:00 horas *below* Greenwich).

Por fim, a Transparência Internacional, em trabalho de destaque ímpar, a partir da orientação de 13 escritórios nacionais espalhados pela América Latina, baixou diretrizes que vão ao encontro dos cuidados com conformidade em época de crise como a que neste momento está-se a passar.

Neste âmbito, relacionamos abaixo as indicações colhidas<sup>40</sup> (estudo na íntegra<sup>41</sup>):

*“a) As informações geradas em matéria de contratações públicas devem estar concentradas em uma plataforma pública específica (seção especial da página web governamental, página web exclusiva ou outro), garantindo a padronização de seu conteúdo. Este padrão de informações deve considerar pelo menos dez elementos:*

*1. Informações sobre os bens ou serviços adquiridos no processo de contratação, incluindo suas especificações técnicas, quantidade e qualidade.*

*2. Preço unitário e global dos bens ou serviços contratados.*

*3. Modalidade de contratação utilizada.*

*4. Registro com informações sobre a pessoa física ou jurídica com a qual o contrato foi celebrado, contendo: identidade, localização, dados de contato, dados fiscais, composição de seus órgãos sociais, informações sobre o quadro societário e participações, faturamento total, entre outros.*

*5. Justificativa técnica e econômica para definir a contratação.*

*6. Informações sobre os requisitos de conformidade do contrato, como data, local e condições de entrega.*

*7. População (grupo-alvo) ou necessidade à qual a contratação corresponde.*

*8. Mecanismos e elementos para verificar a conformidade das condições da contratação.*

*9. Entidade pública e funcionário responsáveis pela contratação e titular da entidade pública que realiza a contratação.*

---

<sup>40</sup>[https://www.transparency.org/news/pressrelease/covid\\_19\\_riscos\\_de\\_corrupcao\\_medidas\\_de\\_integridade\\_contratacoes\\_publicas](https://www.transparency.org/news/pressrelease/covid_19_riscos_de_corrupcao_medidas_de_integridade_contratacoes_publicas)

<sup>41</sup>[https://www.transparency.org/files/application/flash/COVID\\_19\\_Public\\_procurement\\_Latin\\_America\\_ES\\_PT.pdf](https://www.transparency.org/files/application/flash/COVID_19_Public_procurement_Latin_America_ES_PT.pdf)

*10. Informações sobre os resultados das auditorias realizadas nos procedimentos de contratação.*

*b) É essencial que os governos relatem a origem dos recursos emergenciais disponibilizados, os efeitos no orçamento geral (modificações e adequações em outras rubricas, no balanço geral e nas metas de equilíbrio fiscal), bem como a justificativa para sua designação e as regras gerais que devem reger o uso desses recursos. Essas regras devem definir:*

*1. O período ou condições em que as emergências serão consideradas prevaletentes, a fim de evitar que sejam utilizados indevidamente os recursos disponibilizados.*

*2. As necessidades que podem ser cobertas com os recursos alocados para o atendimento da emergência.*

*3. A definição da autoridade responsável pela supervisão do cumprimento das referidas regras.*

*4. O meio e a forma que garantirão a transparência do uso desses recursos. Os governos devem preferencialmente usar as plataformas de transparência orçamentária disponíveis, através de um site dedicado a armazenar e disponibilizar informações sobre recursos extraordinários para atender as emergências.*

*5. A determinação de realizar auditorias em tempo real para garantir a conformidade com os princípios que regem as contratações públicas e as regras para fundos extraordinários autorizados para atendimento de emergência.*

*c) Além dos mecanismos de transparência em tempo real descritos anteriormente, os governos devem informar, no final do período de emergência, os resultados do uso de recursos. Será necessário informar:*

*1. O total investido nas ações de emergência, especificando os recursos autorizados.*

*2. As ações realizadas com os recursos investidos.*

- 3. O número e localização dos beneficiários das ações realizadas para atender à situação de emergência.*
- 4. As contratações realizadas para atender às necessidades emergenciais e o status de cumprimento de cada uma.*
- 5. A avaliação da eficiência de tais contratações.*
- 6. As ações que poderiam ser realizadas em caso de orçamento remanescente, se houver, ou os mecanismos para reintegrá-lo ao patrimônio do Estado.”*

Parâmetros como os acima relacionados certamente podem não serem possíveis em situações com específicas contingências. Nestas ocasiões, é necessário que o gestor público responsável baixe atos formais que demonstrem e motivem as decisões cabíveis, bem como a motivação expressada deve ter ligação lógica com tais decisões. Não é demais lembrar, todavia, é preciso, quando se está diante destas conjunturas, que a razoabilidade e a proporcionalidade são direcionadores das melhores decisões, tanto do gestor quanto de quem realize controle de qualquer natureza.

## Conclusão

---

Em seu Discurso Sobre o Método, René Descartes (2017), o pai da ciência moderna, estabeleceu:

*“Minha terceira máxima era procurar sempre vencer antes a mim do que a fortuna, e mudar meus desejos do que a ordem do mundo; e, de maneira geral, acostumar-me a crer que nada está inteiramente em nosso poder a não ser nossos pensamentos, de modo que, tendo feito o melhor no tocante às coisas que nos são exteriores, tudo o que não podemos conseguir é, para nós, absolutamente impossível.”*

Se o Compliance fosse uma pessoa, tivesse capacidade de raciocinar e de expressar suas vontades, seus desejos e suas predileções, certamente se manifestaria através da frase acima transcrita.

Em verdade, como já o expressamos, o Sistema de Compliance é ferramenta de gestão, construída a partir dos princípios de governança, e através do qual é possível trabalhar diretamente na cultura das corporações, dos entes públicos e das pessoas que neles atuam, de maneira a solidificar sentido indelével de cumprimento das regras positivadas e da ética, a fim de se evitarem fraudes, riscos e crises.

Seu histórico remonta a metade da década do Sec. XX e, após fenômenos econômicos ocorridos, sobretudo, nos idos 1977 e adiante, passou a ser estudado, elaborado e estruturado.

Modernamente, porquanto o Compliance está a ser utilizado no mundo corporativo há algumas décadas, embora, ainda de maneira isolada, já que se nota o mesmo especialmente nas grandes empresas e em alguns segmentos da produção de riqueza, passou-se a ser discutida a possibilidade de tal sistema de gestão ser absorvido pela atividade pública, especialmente nas compras governamentais.

Expusemos, neste trabalho, que, a partir das ferramentas disponibilizadas pelo estudado sistema, é dado ao Estado prevenir, detectar e remediar fraudes, visto que são elas a perfeita expressão de antítese da ética e da integridade nesta seara.

Não bastasse, através daquele, os órgãos governamentais, centros das contratações públicas, podem ter mecanismo técnico, preciso e eficiente de atuação direta na solidificação da cultura organizacional de estrito cumprimento às ordens atreladas à conformidade.

Em sentido genérico, aliás, Compliance pode ser reconhecido como um *sistema de governança corporativa que atua diretamente na identificação e solidificação da cultura institucional, busca a conformidade e a atuação ética de todos os envolvidos no 'business', além de arquitetar e realizar processos e procedimentos voltados para a análise e mitigação de riscos, investigação de fraudes e aplicação de sanções delas decorrentes.*

Todo esse conjunto complexo e organizado certamente pode ser aplicado às contratações públicas de modo preciso e efetivo, ainda que se nota positivado o princípio da legalidade da Administração, mormente o previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988.

Importa anotar, sob outro contexto, embora de não menos importância, que a despeito dos processos de aquisição pública serem temática absolutamente adstrita ao Estado, fato é que que representam uma construção de natureza democrática, republicana e, note-se, liberal.

É, certamente, a partir das bases do liberalismo econômico e político, nos dizeres de MERQUIOR, que o Estado, quando vai adquirir bens ou serviços, quando vai contratar obras, etc., deve respeitar o devido processo legal, deve dispor a todos os interessados e capazes de cumprir os requisitos exigidos a possibilidade de participação, está sujeito a tratá-los de maneira igual, nos termos da lei, bem como estará sujeito às obrigações e incumbências que ele próprio pré-estabeleceu e, por fim, de livre vontade, firmou.

Quando a estrutura estatal é regida por outro sistema de poder e de governo, precipuamente os modelos historicamente identificados a partir da segunda metade do Séc. XIX, quando se origina a teoria socialista, afastados totalmente de tais liberdades, inevitável a conclusão de que se estará diante de padrão autoritário e ditatorial, tal como se identifica em MERQUIOR (2014; p. 22):

*“A terceira característica é que os períodos de liberalismo econômico induzem um certo grau de liberdade política, enquanto o coletivismo econômico é habitualmente associado ao despotismo político, como aconteceu com Hitler e Stalin”.*

Com efeito, caso o Estado seja o detentor de todo o capital, seja ele proprietário de toda a produção de riqueza, mostra-se desnecessária a existência de um processo administrativo criado pelo próprio ente estatal, cuja intenção é, respeitando-se todos os concorrentes, firmar contrato administrativo pelo melhor preço.

Em outro sentido, caso o Estado tenha a possibilidade de utilizar-se da força, de maneira tal que possa impor à produção o valor a ser pago pelos produtos ou serviços por ela dispostos, quando e onde entregar, como entregar, etc., sem qualquer tipo de fiscalização ou controle externo, também neste caso não será necessário o processo administrativo como anteriormente mencionado.

Nesta ordem, é também o Compliance fruto do liberalismo político e econômico decorrente, dentre outros aspectos, do estado democrático de direito galgado no poder do povo, na obrigação do estado de igualmente cumprir as normas e regras que ele próprio estabelece e, sobretudo, da obrigação tanto do corpo estatal quanto dos que integram a iniciativa privada atuarem sob conformidade e em obediência à ética e à integridade. É evidente que, então, nos Estados, cujo poder e governo se desenvolvem a partir dos preceitos do coletivismo econômico, não há qualquer razão de existência do Compliance.

Os ensinamentos de MERQUIOR (2014; p. 23) são indispensáveis para a demonstração sólida do que se afirma:

*“Conjurados esses desafios, com o sepultamento do nazismo e a agonia do comunismo, não há ideologias alternativas que possam competir com o liberalismo democrático na ambição de se universalizar como forma definitiva do governo. Esse, o fato novo na história da humanidade.*

*Restam poucas dúvidas de que esse formato político-social se consolide neste fim de milênio. Até mesmo por exclusão. Falharam as ideologias alternativas. O socialismo real exibiu dois ingredientes funestos - a máquina do terror e a ineficiência econômica. [...].”*

Para além disso, então, as ferramentas atualmente identificadas no Sistema de Compliance, tais como Código de Conduta, canais de denúncia, *due diligence*, análise e mitigação de riscos, gestão de crises, monitoria e reordenamento, dentre tantas outras, com as devidas e cabíveis conformações, materializadas em amplo Programa de Compliance devidamente elaborado e aplicado, a partir de agora e cada vez com mais solidez integrarão os órgãos e entes da Administração Pública e estarão presentes perante os processos de contratação governamental.

É essencial que a gestão estatal se estruture para tanto e disponha, indefectivamente, de profissionais capazes, conhecedores das temáticas sob o aspecto teórico e prático, que estejam preparados para elaborar programas, processos e procedimentos, mas também para treinar os operadores dos processos. É importante, outrossim, que a alta gestão dê todo o suporte e o prestígios necessários para tal.

O Compliance é, portanto, muito bem vindo e perfeitamente adequado, desta feita, à Administração Pública e aos processos de contratação no âmbito público, tudo para que os dinheiros públicos sejam eficientemente utilizados, sempre com o fim de proporcionar satisfação única ao interesse público.

## **Bibliografia**

---

Andrade, A.; Rossetti, J. P. (2004). *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Editora Atlas.

Antonik, L. R. (2016). *Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial – Uma visão prática*. Rio de Janeiro: Editora Alta Books.

Araújo, E. N. De (2009). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva. 4.ed. Rev. e atual.

Arêdes, S. (2012). *Responsabilização do Agente Público: Individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum.

Ascarelli, T. (2007). *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quórum. 2 ed. p.226.

Ávila, H. (2003). *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2. ed.

Bacellar Filho, R. M. (2008). *Ética Pública, o Estado Democrático de Direito e os Princípios Consectários*. In. PIRES, L. M.; ZOCKUM, M.; ADRI, R. (Coord.), *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum.

Barbosa, F. V. (2003); Camargos, M. A. de. *Fusões, aquisições e takeovers: um levantamento teórico dos motivos, hipóteses testáveis e evidências empíricas*. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v.10 n. 2.

Barros, W. P. (2009). *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Atlas.

Batisti, B. M (2017). *Compliance e Corrupção – Análise de Risco e Prevenção nas Empresas em Face dos Negócios Públicos*. Curitiba: Juruá Editora.

Bendix, R. (1962). *Max Weber: an intellectual portrait*. New York: Anchor.

Bernstein, P. L. (1997). *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Rio de Janeiro: Elsevier Alta Books.

- Bittencourt, S. (2010). *Licitações Passo a Passo*. Belo Horizonte: Fórum. 6ª ed. ver., ampl. e atual.
- Bonavides, P. (2002). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 12ª. ed..
- Bresser-Pereira, L. C. (2009). *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Ed. FGV.
- Burdeau, G. (2005). *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.
- Calvão da Silva, J. N. (2017) *Agências de Regulação da União Europeia*. Coimbra, Editora Almedina;
- Canotilho, J. J. G. (2011) *Direito constitucional e teoria da constituição e constitucionalismo*. Coimbra, Almedina, pp. 1162-1163;
- Capez, F. (2015) *Improbidade Administrativa – Limites Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, pp. 244-245;
- Cardoso, J. F.; Rodrigues, J. N. (2006). *Peter Drucker – O essencial sobre a vida e a obra do homem que inventou a gestão*. Lisboa: Centro Atlântico. 1ª. ed. p. 42.
- Carvalho Filho, J. S. (2016). *Improbidade Administrativa – Prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas.
- Carvalhosa, M., (2014). *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva. 6ª. ed. p. 510.
- \_\_\_\_\_. (2015). *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846 de 2013*. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- Cavalcanti, T. B. (1964). *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 5.ed.

Cerqueira, T. S. de. (2012). *O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

Cimellaro, Gian Paolo (2006). “*Il principio di legalità in trasformazione*”, *Diritto e soceità*, 2006, p. 372.

Cunha, A. F. (2015). *Combate à Corrupção – Da Teoria à Prática*. Lisboa: Quid Juris.

Cretella Júnior, J. (2006). *Das licitações públicas: comentários à Lei federal n. 8.666 de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995; 9.074, de 07.07.1995; 9.472, de 16.07.1997; e 9.648, de 27.05.1998*. 18. ed. rev. e atual. inclusive de acordo com a. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_ (1994). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 13. ed.

Dallari, A. A. (1999). *Aspectos jurídicos da licitação*. Rio de Janeiro: Saraiva Editora. 6ª. ed.

De Ângelis, J.; Franco, D. *Jesus e o Evangelho – À luz da psicologia profunda*. Salvador: Leal Editora. 2º. ed.

Deloitte. T. T. (2014). *Lei Anticorrupção. Um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa*. São Paulo: Editora Deloitte.

Deming. W. Edwards (1990). *Qualidade: a Revolução da Administração*. São Paulo: Editora Marques Saraiva. p. 225.

Descartes, R. [1596-1650] (2017). *Discurso do método*. Porto Alegre: L&PM. p. 62.

\_\_\_\_\_ (1979). *Discurso do método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma. Cartas*. São Paulo: Abril Cultural. 2ª. ed.

Di Pietro, M. S. Z. (2009). *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas Editora. 23ª. Ed.

- Dinamarco, C. R. (2009). *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 14.ed., rev. e atual.
- Drucker, P. F. (1943). *The Concept oi the Corporation*, Nova Iorque, Heineman.
- \_\_\_\_\_ (1964). *A Nova Sociedade*, Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura.
- \_\_\_\_\_ (1962). *Prática de Administração de Empresa*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura.
- Dusza, K. (1989). *Max Weber's conception of the State*. International Journal of Politics, Culture and Society.
- Figueiredo, L. V. (1992). *Direito dos Licitantes*. São Paulo: Malheiros. 3.<sup>a</sup> ed. p. 34.
- Filho, J. dos S. C. (2019). *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p. 238.
- Filho, V. P.; Motta, F.; Gabardo, E. (2017). *A regeneração da Administração Pública Brasileira*, Curitiba: Íthala/Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.
- Fonseca, A. (2017). *Programa de Compliance ou Programa de Integridade: o que isso importa para o direito brasileiro?*. In: Lamboy, Christian K. de (Org.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto Arc.
- Freitas, J. (1998). *A interpretação sistemática dos Direitos*. São Paulo: Malheiros. 2.<sup>a</sup>. ed..
- \_\_\_\_\_ (2004). *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 3.<sup>a</sup>. ed..
- Garcia, E.; Alves, R. P. (2014). *Improbidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva. 8.<sup>a</sup>. ed. p. 123.
- Gasparini, D. (2008). *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva. 13.<sup>a</sup>. ed. p. 7-8.
- Gomes, O. (2001). *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense. 24.<sup>a</sup>. ed..
- Greco Filho. V. (2007). *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva. 2.<sup>a</sup> ed..

- Grotius, H. (2004). *O Direito da Guerra e da Paz*, Ijuí, Unijuí, Coleção clássicos de direito internacional; v. II. (trad. Mioranza);
- Guimarães, F. V.; Requi, É. M. dos (2018). *Exigência de programa de integridade nas licitações*. In: Paula, Marco Aurélio Borges de; Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum Editora.
- Hobsbawm, E. (2007) *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo, Companhia das Letras. (Trad. Viegas);
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. México D.F.: Fondo Económico de Cultura.
- Júnior, J. T. P. (2007). *Comentários à Lei de Licitações e contratações da Administração Pública*, São Paulo: Renovar.
- Justen Filho, M. (2012). *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética Editora. 15ª. Ed.
- Kelsen, H. (2003). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Klitz/Pelz/Theusinger (2013). *Compliance im Spiegel der Rechtsprechung*, NJW, 2010, apud Vilo, Ivó Coca. Programas de cumplimiento como forma de autoregulación regulada?, in Sánchez, Silva (Dir.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención e reacciones corporativas*. Barcelona: Editora Atelier.
- Lakatos, E. M., Marconi, M. A. (2002) *Técnicas de Pesquisa*. São Paulo, Atlas, 5ª ed;
- Lambooy C. K. de; Rodrigues, A. (2017). *Canais de denúncia*. In: Lambooy, Christian K. de (Org.). *Manual de Compliance*, São Paulo: Instituto Arc.
- Lamy, Eduardo [et al] (2018). *Compliance: Aspectos Polêmicos e Atuais*, Belo Horizonte: Casa do Direito.
- Lethbridge, E. *Governança corporativa*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro. 1999.

- Manzi, V. A. (2017). *Compliance no Brasil: Consolidação e Perspectivas*. São Paulo: Saint Paul Editora.
- Maquiavel, N. (1996). *O Príncipe*, São Paulo, Martins Fontes, 2ª ed. (trad. Goldwasser);
- Marcondes, P. C. B. (2009). *Servidor Público – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum Editora.
- Martins, L. L.; Correia, J. A. (2018). *Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Gestlegal Editora.
- \_\_\_\_\_. (2018). *Justiça Administrativa – Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Gestlegal Editora.
- Marques, M. M. L.; Moreira, V. (2008). *A Mão Invisível – Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina Editora.
- McGrath, J.; Bates, B. (2014). *O pequeno livro das Grandes Teorias de Gestão e de como usá-las*. Famalicão, Portugal: Centro Atlântico.
- Medauar, O. (1999). *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª. Ed.
- Meirelles, H. L. (2007). *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editora. 31ª. Ed.
- Mello, C. A. B. de. (1985). *Licitação*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (2015). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 18ª. Ed.
- \_\_\_\_\_. (1980). *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais..
- Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de (1978). *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky.
- Merquior, José Guilherme (2014). *O Liberalismo antigo e moderno*. São Paulo: É Realizações.

- Mezzaroba, O.; MONTEIRO, C. S. (2004). *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2ª. Ed.
- Miranda, R. G. de A. (2017). *Implementando a Gestão de Riscos no Setor Público*. Belo Horizonte: Fórum.
- Mlodinow, L. (2009). *O Andar do Bêbado*, Rio de Janeiro: Zahar.
- Moniz, A. R. G. (2019). *Direito Administrativo – Casos Práticos*, Coimbra: Almedina. 3ª. Ed.
- Montesquieu, C. L. de S., baron de la Brède et de. *De l'esprit des lois*, vol. I, Paris: Garnier-Flammarion, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.
- Motta, F. (2015). *Formalismos em contratos administrativos incentivam corrupção*. Interesse Público. Consultor Jurídico.
- Muritiba, S. N.; Muritiba, P. M. (2015). *Governança Corporativa*. São Paulo: Grupo de Estudos com Proprietários, Representantes e Alta Administração - GEPR. 1ª. Ed.
- Nascimento, J. O. (2018). *Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e compliance no setor público*. In: Paula, Marco Aurélio Borges de; Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum Editora.
- Nascimento, J. O. (2017). *Compliance, Governança Corporativa e Anticorrupção na perspectiva da União Européia e da Alemanha*. In: Lamboy, Christian K. de (Org.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto Arc.
- Niebuhr, J. de M. (2015). *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. 4ª. ed.
- Oliveira, M. P.; Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina Editora. 5ª. Ed.

- Palma, M. F.; Dias, A. S.; Mendes, P. de S. (2018) (orgs.). *Estudos sobre 'Law Enforcement, Compliance' e Direito Penal*. Lisboa: Almedina Editora. 2ª. Ed.
- Pazzaglini Filho, M. (2000). *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e controle do poder judiciário*. São Paulo: Atlas.
- \_\_\_\_\_ (2015). *Lei de Improbidade Administrativa Comentada – Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal – Legislação e Jurisprudência Atualizadas*. São Paulo: Atlas. 6ª. ed.
- Pimenta, C.. *Os crimes da fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio*. Organização Costa. J. de F.; Godinho, I.; De Sousa, S. A.. Instituto de Direito Penal Econômico Europeu. Coimbra: Coimbra Editora. 1ª. Ed..
- Pinheiro, D. (2010). *Um Olhar Sobre a Honestidade – Reflexões de um Magistrado Espírita*, Capivari/SP: EME.
- Reale, M. (1972). *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins. 3.ed.
- Rocha, C. L. A. Ministra. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília: STF, nº. 17.
- Rotsch, T. (2015)(org.). *Criminal Compliance – Handbuch*. Baden-Baden: Nomos Editora.
- Seligman, M. E. P.; Peterson, C. (2004). *Character Strengths and Virtues: A Handbook and Classification*. Oxford: Oxford University Press, USA. Edição: New (8 de abril de 2004). p. 252.
- Simão, V. M.; Vianna, M. P. (2017). *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção – Histórico, Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Trevisna Editora.
- Souza, H. M. A. de (2017). *A juridicidade da exigência de programa de integridade para participar de licitações e firmar contratos e outras parcerias com o Estado*. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Vitória. v. 15, n. 15, p. 143-169.
- Spinoza, Benedictus [1632-1677]. (2018). *Ética*, Belo Horizonte: Autêntica. 2ª. ed. 8ª. reimpressão.

Veríssimo, C. (2017). *Compliance – incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva Editora. 2ª. tiragem – 2018.

Weber, M. (1964). *The theory of social and economic organization*. New York: The Free Press.

\_\_\_\_\_. 1999. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB. 2 v.

#### **- Teses, Dissertações e TCC's**

Carvalho, K. C. C. (2018). “*Compliance*” no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Alexandre Libório Dias Pereira. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, Portugal.

Costa, G. R. P. da (2017). *Compliance, Lei da Empresa Limpa e Lei Sapin II: uma análise da aplicação do regime de obrigatoriedade de adoção de programas de integridade corporativa no Brasil*. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

Fiore, E. K. (2006). *Governança Corporativa: O reflexo da adesão ao Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo no preço e na liquidez das ações*. Termo de Conclusão de Curso. Orientador: Alexandre Marino Costa. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, Brasil.

Lunardi, G. L. (2008). *Um Estudo Empírico e Analítico do Impacto da Governança de TI no Desempenho Organizacional*. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. João Luiz Becker. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Administração. Porto Alegre, Brasil.

Silva, D. F. (2019). *As lições da União Europeia para o Mercosul em matéria de cooperação policial*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. João Nuno Calvão da Silva. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, Portugal.

#### **- Jurisprudência**

Ação Penal 348-Santa Catarina, Rel. Min. Eros Grau, Revisor, Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 3.ago. 2007

## - WEBGRAFIA

### Artigos, livros, revistas e notícias eletrônicas

Amaral Júnior, J. L. M. do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu – Comentários ao Capítulo VI do Livro XI e “O espírito das leis”*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4909298/mod\\_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4909298/mod_resource/content/0/Organizacao%20de%20poderes%20em%20Montesquieu.pdf)

Filgueiras, F. (2008). *Comunicação Política e Corrupção*. Revista Programa Legal – Edição Especial. Curitiba, v. 9, n. 19, p. 77/87, maio/agosto. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/05.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Fontes F., J. R. e Picolin, L. M (2005). *Avaliando limitações e possibilidades da governança corporativa em empresas estatais*. In: X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile.

Gonçalves, Pedro (2008). *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*. Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora. P. 35/36.

Marques, M. da C. (2007). *Aplicação dos Princípios da Governança Corporativa ao Setor Público*. In: RAC, v. 11, n. 2, Abr./Jun. 2007

<https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>

<https://forum.ibgp.net.br/conceitos-de-governanca-corporativa/>

CVM — Comissão de Valores Mobiliários. *Cartilha de governança corporativa*. 2002. Disponível em: [ttp://www.cvm.gov.br/port/publicacoes/publicacoes/cartilha/cartilha.doc](http://www.cvm.gov.br/port/publicacoes/publicacoes/cartilha/cartilha.doc).

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283086,31047->

[A+relacao+entre+compliance+e+conflito+material+de+interesses](#)

[http://www.fecilcam.br/nupem/anais\\_v\\_epct/PDF/ciencias\\_humanas/16\\_POYER.pdf](http://www.fecilcam.br/nupem/anais_v_epct/PDF/ciencias_humanas/16_POYER.pdf)

[https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/Eduardo-Barcellos\\_O-conceito-de-Estado-template.pdf](https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/Eduardo-Barcellos_O-conceito-de-Estado-template.pdf)

<https://www.migalhas.com.br/depeso/290170/whistleblower>

<http://www.scielo.br/pdf/ln/n92/a04n92.pdf>

<https://direito.legal/filosofia-do-direito/de-aristoteles-weber-definicoes-e-conceito-de-estado/>

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47192/licitacoes-natureza-juridica-principios-e-finalidade>

<file:///C:/Users/Usuário/OneDrive/Mestrado%20COIMBRA/ManualProcedimentosCCP.pdf>

<http://www.inclublicita.com.br/um-giro-pelo-mundo-das-licitacoes-portugal-em-foco/>

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>

<https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/estados-17-capitais-nao-regulamentaram-lei-anticorrupcao>

<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>

<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>

<https://jus.com.br/artigos/70154/as-formas-de-estado>

<https://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-ingles/noticia/caso-manchester-city-entenda-o-fair-play-financeiro-e-por-que-o-psg-nao-foi-punido.ghtml>

<https://hbrbr.uol.com.br/6-sinais-de-que-sua-cultura-corporativa-e-um-risco/>

<https://blog.egestor.com.br/quem-foi-peter-drucker/>

<https://www.conjur.com.br/2016-set-20/whistleblower-aliado-estado-combate-corrupcao>

<https://institutocapacitar.com.br/gestao-e-fiscalizacao-contratual/orientacoes-do-tcu-fiscalizacao-de-contratos/>

<http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/241/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20Quinta%20com%20mais%20coisas.pdf>

[https://www.protiviti.com/BR-por/gestao-de-crisis?gclid=Cj0KCQjwsYb0BRCOARIsAHbLPhH2AvVD0E\\_UQf5uhJfkm50BtXLw-GfVzqabbOgVUXhilI9FmzIIvIcaAq1IEALw\\_wcB](https://www.protiviti.com/BR-por/gestao-de-crisis?gclid=Cj0KCQjwsYb0BRCOARIsAHbLPhH2AvVD0E_UQf5uhJfkm50BtXLw-GfVzqabbOgVUXhilI9FmzIIvIcaAq1IEALw_wcB)

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Manual-Gestao-Crisis-para-RI.pdf>

[http://www.abrapp.org.br/GuiasManuais/manual\\_gestao\\_criseeimagem.pdf](http://www.abrapp.org.br/GuiasManuais/manual_gestao_criseeimagem.pdf)

<https://www.verdeghaia.com.br/blog/principios-da-iso-37001-19600-e-31001/>

<https://vgriscolegal.com.br/blog/sistema-de-gestao-conforme-a-iso-19600/>

[https://www.transparency.org/files/application/flash/COVID\\_19\\_Public\\_procurement\\_Latin\\_America\\_ES\\_PT.pdf](https://www.transparency.org/files/application/flash/COVID_19_Public_procurement_Latin_America_ES_PT.pdf)

### **Sites visitados**

<https://forum.ibgp.net.br/conceitos-de-governanca-corporativa/>

[http://www.abbc.org.br/images/content/Lei\\_Anticorrupcao.pdf](http://www.abbc.org.br/images/content/Lei_Anticorrupcao.pdf)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)

<http://www.lecnews.com.br/blog/revista-lec-passo-a-passo-para-implementar-um-canal-de-denuncias/>

<https://jorgeaudy.com/2016/01/27/william-edwards-deming-1900-1993/>

[https://pt.wikipedia.org/wiki/William\\_Edwards\\_Deming](https://pt.wikipedia.org/wiki/William_Edwards_Deming)

<https://www.portal-administracao.com/2014/06/os-14-principios-de-deming-analise.html>

<https://hbrbr.uol.com.br/como-deixar-sua-empresa-a-prova-de-escandalos/>

<https://politicaspUBLICASECidadania.wordpress.com/2013/07/22/o-triangulo-da-fraude-de-cressey-e-a-maracutaia-na-administracao-publica-e-como-tudo-acontece/>

[https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Donald\\_Cressey&prev=search](https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Donald_Cressey&prev=search)

[https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Paul\\_M.\\_Healy&prev=search](https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Paul_M._Healy&prev=search)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)

<http://www.osbrasil.org.br/backup/informativo/8.pdf>

<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=integridade>

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Manchester\\_City\\_Football\\_Club](https://pt.wikipedia.org/wiki/Manchester_City_Football_Club)

<https://www.clubworldranking.com/portuguese/ranking-clubes>

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Clubes\\_de\\_futebol\\_mais\\_ricos#cite\\_note-value-2](https://pt.wikipedia.org/wiki/Clubes_de_futebol_mais_ricos#cite_note-value-2)

<https://unitedmindsglobal.com/>

<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>

<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>