

CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO REQUISITO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PUBLIC CONTRACTING: THE INTEGRITY PROGRAM AS A REQUIREMENT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Salete Oro Boff*
Dionis Janner Leal**

Como citar: BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Contratação pública: o programa de integridade como requisito no Estado do Rio Grande Do Sul. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 101-118, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.101. ISSN: 1980-511X

*Doutora em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Grupo de Pesquisa-CNPq Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual-GEDIPI. Professora da UFFS. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

**Mestrando em Direito. Membro do GEDIPI, ambos pela Faculdade Meridional – IMED – de Passo Fundo-RS. Especialista em Direito Público. Técnico Administrativo em Educação e Membro do Núcleo de Inovação e Transferência de Tecnologia no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha. Advogado. E-mail: dionislealadv@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa os contornos da Lei nº 12.846, de 2013, comumente conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, que estabelece o programa de integridade como requisito para contratação de serviços e aquisição de produtos com o Poder Público, a partir da sua regulamentação pelo Decreto nº 11.129, de 2022, e outros regulamentos estaduais e municipais, a exemplo da Lei Estadual nº 15.228, de 2018, do Estado do Rio Grande do Sul, os efeitos jurídicos de tal exigência e sua constitucionalidade como requisito de habilitação ou não, a fim de atenuar os efeitos de atos corruptivos perante a Administração Pública por intermédio de contratos públicos. Buscou-se pelo método dialético, com base na doutrina, na lei e artigos, abordar a regulamentação dos programas de integridade de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e seu decreto regulamentador. O estudo permitiu verificar que a exigibilidade na contratação pública de mecanismos de integridade pelas corporações privadas tem viés constitucional e não vai de encontro a lei geral de contratação pública, permitindo que o Poder Público tenha maior segurança na concepção de vínculos contratuais com a iniciativa privada.

Palavras-chave: contratação pública; lei anticorrupção; programa de integridade.

Abstract: This article analyzes the contours of Law 12.846, of 2013, commonly known as the Corporate Anti-Corruption Law, which establishes the integrity program as a requirement for contracting services and purchasing products with the Government, based on its regulation by Decree nº 11.129, 2022,

and other state and municipal regulations, such as State Law No. 15,228, 2018, of the State of Rio Grande do Sul, the legal effects of such a requirement and its constitutionality as a qualification requirement or not, in order to mitigate the effects of corrupt acts before the Public Administration through public contracts. The dialectical method, based on doctrine, law and articles, was sought to address the regulation of integrity programs in accordance with the new Anti-Corruption Law (Law 12.846 / 2013) and its regulatory decree. The study made it possible to verify that the requirement for public procurement of integrity mechanisms by private corporations has a constitutional bias and does not conflict with the general law on public procurement, allowing the Government to have greater security in the design of contractual links with the private sector.

Keywords: public procurement; anti-corruption law; integrity program.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei Federal nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ), trouxe contribuições que vão além das inovações no combate à corrupção, criando incumbências administrativas internas a organizações privadas que venham a ter vínculo com o Poder Público (contratos, convênios, etc), como mecanismos e controles internos que combatam atos lesivos enumerados pela própria lei e que tenham potencial de causar prejuízos ou atentam contra a moralidade da Administração Pública quando da sua interação para com ela.

Apesar disso, os entes federados vêm regulamentando a novel legislação por intermédio de leis específicas ou decretos regulamentadores, como o fez o Poder Executivo Federal com a promulgação do Decreto Federal nº 11.129/2022, assim como o Estado do Rio Grande do Sul, com a Lei Estadual nº 15.228/2018, a qual exige que a organização privada que para com o Estado estabeleça vínculo contratual apresente a implementação de um Programa de Integridade que atenda as disposições da legislação, em especial a legislação federal.

Tal exigência possui posicionamentos doutrinários, a exemplo de Fernanda Schramm em sua obra *‘Compliance nas contratações públicas’*, e Rodrigo Pironti de Castro e Mirela Ziolotto, na obra intitulada *‘Compliance nas contratações públicas: exigência e critérios normativos’*, que contestam/defendem sua legalidade (constitucionalidade) como se houvesse novas exigências de requisitos para a contratação com o Poder Público além daquelas previstas pela lei de licitações e contratos administrativos, contribuindo com dispêndio de recursos pelos particulares – oneração de recursos humanos e/ou contratação de terceiros – visando a manutenção de contratos públicos, ou visar o governo como cliente em potencial com base nas novas exigências legais, a fim de, em resumo, atestar a integridade da corporação e de seus colaboradores.

O presente estudo tem como objetivo analisar, primeiramente, o contexto em que foi editada e promulgada a Lei nº 12.846/2013. Em seguida, os requisitos arrolados pela legislação nacional enquanto ensejadora de exigências outras para contratação com o Poder Público, a sua legalidade e a forma de como será auferida a sua integridade pelo órgão contratante – se isso é possível –, além de verificar como a legislação do Estado do Rio Grande do Sul vem regulamentando a matéria e, por consulta nos sítios eletrônicos, como os editais de licitações vêm exigindo de potenciais fornecedores o cumprimento da legislação. Por fim, exemplificar, a partir da praxe administrativa, algumas formas de ilícitos praticados pelos licitantes à luz das leis de contratação pública, em especial a Lei nº 10.520/2002 e a Lei 8.666/1993, sem prejuízo da análise da Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos), e que podem repercutir ou impactar enquanto ilícito enquadrado pela Lei nº 12.846/2013. O estudo foi desenvolvido utilizando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, em fontes primária e secundária.

1 PROPÓSITOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

O propósito da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) é combater atos corruptivos e fraudulentos na seara da contratação pública mediante o estabelecimento de diretrizes e condutas de probidade, integridade e ética das corporações privadas quando se relacionarem com o Poder Público.

Conseqüentemente, traz a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira, a fim de combater os efeitos de corrupção no Brasil.

Não se trata, pois, de responsabilidade criminal dos envolvidos, mas, se eventualmente o ato lesivo praticado pela empresa se enquadrar como crime contra a administração pública, haverá responsabilidade penal, a qual recairá sobre as pessoas físicas que concorreram para o evento delituoso. (CUNHA; SOUZA, 2020, p. 26).

Concebida a partir dos diversos Tratados e Pactos Internacionais de combate à corrupção que o Brasil assumiu destacam-se o Decreto 5.687/2006 (BRASIL, 2006), que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, assim como a Convenção Interamericana contra à Corrupção, internalizado pelo Decreto nº 4.410/2002 (BRASIL, 2002).

É nesse contexto de internalização de normas e tratados de caráter global e do mercado interconectado que se reclamam homogeneidade de regras e procedimentos de integridade em diversos países em suas relações institucionais, público e privada, e, conseqüentemente, influenciam na elaboração de normas internas que atendam esses reclames bem como aos ditames de tratados internacionais os quais o país é signatário.

Destina-se a norma brasileira a combater atos praticados por pessoas jurídicas ou terceiros que se valham da personalidade jurídica empresarial para cometer ilícitos contra o Poder Público antes ou durante o estabelecimento do vínculo contratual, isto é, que ataque os princípios norteadores da contratação pública, como a competitividade e a legalidade, dentre outras.

Não obstante a disciplina dos programas de integridade prevista na lei, a sua exigibilidade também foi objeto de regramento específico a partir da Lei nº 14.133/2021 (art. 25, § 4º), quando da aquisição de bens, obras e serviços de grande vulto pela Administração Pública, implementar em até seis meses programa de integridade, contribuindo com a boa prática para aquelas empresas que possuem interesse em exteriorizar aos colaboradores internos e parceiros de negócios, inclusive o Poder Público, de que suas condutas são compatíveis com a moralidade e integridade que se espera e em conformidade com as leis do país.

Nessa linha, valer-se de instrumentos e mecanismos de gestão e prevenção de atos de corrupção – ou fraude contratual – evidencia a demonstração de boa-fé das corporações, que apesar de todos os esforços que a alta direção empresarial possa fazer para com seus colaboradores, terceiros e fornecedores, há riscos de condutas de outrem que afetem a reputação defendidas pelos gestores da empresa, ensejando-lhes sanções e penalidades. Rogério Gesta Leal (2014, p. 28)

corroborar com esse pensamento ao prescrever que:

É claro que quanto mais instrumentos e mecanismos as corporações criarem para prevenir atos corruptivos – demonstrando à exaustão isto –, mais elementos haverá para que se pondere os níveis de responsabilização direta ou indireta – quem sabe até de irresponsabilização – destas em face dos seus empregados.

Essa prática no âmbito das organizações privadas é uma exigibilidade ética que os cidadãos e usuários esperam das empresas, ao menos no contexto internacional. Para Sen e Kliksberg (2010), são características mínimas que os autores chamam de responsabilidade social empresarial (RSE), a exemplo de política de pessoal, boa governança corporativa, colaboração com políticas públicas e código de ética.

São características que também se aproximam dos interesses do governo, na medida em que a ideia de responsabilidade social empresarial não pode substituir a responsabilidade individual (COMIM, 2021), uma vez que é mantida a responsabilidade individual dos dirigentes ou colaboradores que agem em nome da organização e venham a causar danos ao Poder Público (LEAL, 2022, p. 84).

O combate à corrupção na Administração Pública é o objetivo da Lei nº 12.846/2013, apesar da dificuldade de delimitar o termo ‘corrupção’ porque não há um consenso doutrinário ou popular, e que “pode englobar uma série de atos, que podem compreender” a fraude, ganho ilícito, suborno, clientelismo, falsificação, dentre outros (GABARDO, 2017, p. 130).

Para Lucas Rocha Furtado (2015, p. 39), chega-se a conclusão de que:

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

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

Ademais, o objeto juridicamente tutelado pela legislação em comento é mais abrangente que um ato de corrupção ativa, incluindo a Administração Pública nacional e estrangeira, tratando-se não de uma Lei Anticorrupção, rotulação que apequena o real conteúdo da norma, mas sim de Lei de Proibição Administrativa Empresarial, uma vez que inexiste um conceito jurídico de corrupção (ZOCKUN, 2018, p. 16).

De lado da conceituação de corrupção, contudo, apesar da inovação legislativa, deve-se, igualmente, observar que o ato regulamentador introduziu conceitos como gestão de riscos, práticas de gestão antissuborno, que são disciplinas encontradas comumente na prática privada e em normas técnicas internacionais, a exemplo da ISO 31000:2018 e ISO 37001, respectivamente,

e, indiretamente, sua exigibilidade instituiu possível caráter restritivo de competição ou impeditivo às empresas que pretendem participar de processos de contratação com o Poder Público.

Por fim, não se pode olvidar que a Lei nº12.846/2013 é uma lei nacional, a qual tem abrangência em todos os entes federados, facultado, todavia, sua regulamentação na respectiva competência institucional, isto é, cada ente político poderá regulamentá-la para aplicar em sua respectiva jurisdição.

Por se tratar de uma lei nacional, isto é, lei que transcende qualquer pessoa política (ente federado), inconfundível como lei federal, estadual ou municipal, e possui campo próprio (ATALIBA, 2011, p. 290), é editada a fim de unificar determinado tema sem exauri-lo, ou seja, deixando para que cada ente público promulgue a lei regulamentadora (federal, estadual ou municipal) que possa atender as respectivas peculiaridades. (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 41).

Como se pode perceber, a regulamentação não afasta a aplicação imediata da lei nacional, apenas contribui para a segurança jurídica e clareza do ordenamento jurídico, inclusive para fins de sua aplicação em concreto, trazendo critérios objetivos para que os agentes do Poder Público regulamentador possam dar efetividade à norma, pelos instrumentos legais e infralegais que estejam a sua disposição (CUNHA; SOUZA, 2020, p. 32), apesar de em alguns casos, como a lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul, possuir omissões quanto a algumas providências que poderiam ser tomadas por parte dos gestores públicos na apuração de efetividade da própria norma.

De todo modo, a novel legislação trouxe para o Poder Público instrumentos capazes de identificar potenciais riscos na contratação com corporações privadas e trata-los, e, quando for o caso, aplicar sanções proporcionais e condizentes aos atos lesivos que porventura possa ocorrer.

2 REQUISITOS DA LEI NACIONAL DE MECANISMOS DE INTEGRIDADE PARA EMPRESAS QUE CONTRATAM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina de Fernanda Santos Schramm traz o entendimento da Controladoria Geral da União (BRASIL, 2022), que o programa de *compliance* “seria um gênero do qual o programa de integridade, previsto na Lei Federal 12.846/2013, constituiria espécie” (SCHRAMM, 2019, p. 165), vem denominando as exigências da Lei 12.846/2013 como programas de *compliance*, apesar da omissão legislativa nesse sentido. Para a autora, apesar de o conceito de programa de integridade ou *compliance* não haver um entendimento pacífico, são por ela utilizados como sinônimos (SCHRAMM, 2019, 165).

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

Apesar da inexistência de entendimento pacífico na doutrina, perfilhamos com o a ideia de que a exigência legal é da existência de programas de integridade como condição para participação

em processos licitatórios do poder público, e não programas de *compliance* ou *compliance* empresarial.

A legislação nacional, o Decreto 11.129/2022, conceitua programa de integridade no seu artigo 56, prescrevendo a necessidade de mecanismos para prevenir, sanear desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra o Poder Público, bem como criar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

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

Como requisitos essenciais que a legislação exige para que uma empresa possa ter um programa de integridade efetivo, o Decreto 11.129/2022 os arrola no seu artigo 57, que dentre os requisitos, destacam-se o comprometimento da alta direção da empresa, instituição de código de conduta no ambiente interno e externo, análise periódico de riscos e controle interno.

Nos incisos V e VIII tem-se a gestão de riscos e o sistema de gestão antissuborno, respectivamente, que são objeto das mencionadas normas técnicas, ISO 31000:2018 e ISO 37001.

A legislação deixa de exigir que as empresas cumpram os requisitos desses incisos aplicando como diretriz ou mediante certificação as aludidas normas técnicas, mas pode a empresa tomá-la como base, o que é altamente recomendado, considerando os protocolos e escopo que normas técnicas possuem por natureza.

Nesse sentido, Benoit Frydman (2018, p. 83) adverte quanto à legitimidade das normas técnicas, prescrevendo que elas possuem “caráter puramente voluntário e consensual” e “não trariam problema de legitimidade, desde que ninguém fosse obrigado a segui-los, ao contrário, pertence a cada um decidir livremente e positivamente adotar e respeitar um *standard*”. Continua dizendo, ainda, que “não é preciso tratar o *standard* como uma fonte formal do Direito, que ele não é, mas considerar mais, de um ponto de vista pragmático, os efeitos de regulamento que ele produz”

Logo, deixando as normas técnicas de serem exigíveis para fins de atender aos mecanismos que a legislação estabelece, as empresas – em especial as de médias e grandes portes –, na prática, buscarão se valer dessas diretrizes normativas para assegurar que os procedimentos adotados atendem a uma norma que possua um padrão e sejam reconhecidas por outras empresas e “passam a ter maior poder de competitividade no mercado externo” (FOIATTO, 2018, p. 43).

Outrossim, como já salientado, não existe obrigatoriedade para que seja implementado um programa de integridade pelas empresas como requisito compulsório. Para Renee do Ó Souza (2017, p. 140):

Embora o debate acerca dessa questão seja intenso, o *compliance* parece tangenciar a polêmica na medida em que não é, essencialmente, obrigatório e, uma vez adotado, estimula que a empresa e as pessoas que a compõem adotem comportamentos lícitos, éticos e probos. Mas o estímulo é meramente

proemial. Não há coerção ou punição para o descumprimento da norma que cria o *compliance*.

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

[...] fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude. (BRASIL, 2022).

Ademais, ter o programa de integridade da empresa com aprovação da CGU “não se propõe a listar as empresas ‘mais éticas do país’”, e não é uma certificação e não gera quaisquer benefícios ou privilégios para as empresas em suas relações com o setor público” (CGU, 2019).

Todavia, a exigência compulsória é indireta, uma vez que a Administração Pública vem a exigir como condição de contratação ou manutenção de contrato administrativo a implementação de programa de integridade efetivo, cujo tema será adiante abordado.

3 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUA EXIGÊNCIA PARA CELEBRAR CONTRATOS PÚBLICOS

O Estado do Rio Grande do Sul publicou a Lei Estadual 15.228, de 25 de setembro de 2018, que disciplina a aplicação da Lei Federal nº12.846/2013, e estabeleceu em seu artigo 37 o Programa de Integridade para contratações cujos valores sejam superiores a R\$ 176.000,00 para compras e serviços e R\$ 330.000,00 para obras e serviços de engenharia.

A exigência abrange toda a Administração Pública Estadual, o que inclui sociedade economia mista e empresas públicas, inclusive suas subsidiárias, apesar de a norma ser omissa quanto à abrangência de entidades públicas de caráter privado.

A lei estabelece em seu artigo 42 que se faça constar nos editais de licitação pública e nos instrumentos contratuais a aplicação do programa de integridade, o que reforça a ideia de que se possa exigir como critério de classificação de proposta ou requisito de habilitação da empresa diante de eventual contratação com a Administração Pública Estadual.

Observe-se que tal exigência tem constado nos editais publicados no ano de 2019 pela Administração do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se pode verificar por simples consulta ao portal eletrônico de compras do governo estadual.

Todavia, em editais publicados pela Companhia Riograndense de Saneamento Básico (CORSAN), empresa pública estadual, a exemplo do seu Edital do Pregão Eletrônico 151/2019, cujo objeto é a aquisição de mobiliário, de valor orçado aproximado superior ao exigido pela Lei do Programa de Integridade, inexistiu menção a tal exigência. Poder-se-ia cogitar que a lei exige

em relação a contratos firmados, e não à ata de registro de preços que não originam contratos, por ser dispensado quando se trata de bens de entrega imediata, nos termos do §4º, do artigo 62 da Lei 8.666/93, por ser a novel legislação estadual omissa quanto a esse ponto.

A doutrina de Marçal Justen Filho (2016) em comentário ao dispositivo legal em apreço, corrobora com esse entendimento, quando alude que o instrumento de contrato é dispensado, quando ocorrer compra com entrega imediata, prescrevendo que “a compra com entrega imediata não se confunde com aquela cujo prazo é reduzido (trinta dias, por exemplo). A regra aplica-se ao caso de entrega incontinente, em que a execução do contrato se segue imediatamente após a contratação.”.

Na mesma linha, Sidney Bittencourt (2016, p. 588) acrescenta que “o dispositivo está intimamente ligado a bens que poderão ser recebidos com imediata conferência e atestado de recebimento”

Melhor clareza Ronny Charles de Torres (2018, p. 699) nos apresenta em sua obra ao comentar o dispositivo legal em tela, ao dizer que:

[...] nas hipóteses de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restam resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente de valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo;

Apesar dos esclarecimentos doutrinários acerca da dispensabilidade do instrumento de contrato por outro, permitida pela Lei de Licitações, analisando outro certame público da empresa pública estadual em apreço, pelo rito da Lei das Estatais, Lei 13.303/2016, o edital 29/2019 não faz menção à Lei Estadual 15.228/2018 de forma expressa ao Programa de Integridade, mas apenas no preâmbulo do instrumento convocatório e do seu anexo II, da minuta do termo de contrato menciona a lei de forma genérica, o que deixa subentendida a exigência no prazo legal de apresentação de mecanismos de conformidade ética empresarial.

A omissão em editais de certames públicos para contratação de bens e serviços quanto à exigibilidade do programa de integridade não dispensa sua apresentação nos termos previstos na lei, contudo, gera insegurança para o futuro contratado que na praxe das suas atividades se limita a verificar o edital quanto aos critérios de habilitação, prazo de pagamento, desembolso, planilha de custos, minuta contratual e, no máximo, verificar no preâmbulo as normas a que o certame está respaldado.

Nessa linha, interessante colacionar a passagem de Marçal Justen Filho (2016) que, em situação análoga, comentando o inciso IV, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93, da qualificação técnica – um dos critérios de habilitação em certame –, que dispõe sobre a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, critica a decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009) que permite o edital deixar expressamente de exigir a comprovação do preenchimento de determinado requisito quando fosse previsto em lei, prescrevendo que:

Esse entendimento reduz significativamente as funções de segurança e a previsibilidade inerentes ao ato convocatório da licitação. A partir do entendimento adotado no julgado do STJ, o edital passará a ser um ato normativo incompleto, impondo-se aos licitantes encargo de descobrir normas complementares eventualmente aplicáveis ao caso concreto. Em termos práticos, tal poderá redundar em efeitos muito nocivos, eis que os licitantes competiriam entre si para identificar violações a normas legais nunca referidas no edital. [...] Descoberta a ausência de referência do edital a uma regra legal imperativa, cabe a invalidação do ato convocatório (acompanhada da responsabilização do agente estatal que deixou de incluir no edital um requisito necessário).

Apesar de exigências legais e editalícias sejam tímidas acerca da existência de mecanismos de conformidade ética pelos licitantes, vem se discutindo na doutrina em que momento é permitido exigir do empresário que contratará com o poder público a comprovação do atendimento dos requisitos legais de integridade.

Bem observado pela doutrina, que nem a Lei 12.846/2013 e o seu regulamento, o Decreto 8.420/2015 (BRASIL, 2015), disciplinaram a possibilidade de exigir programa de integridade nos processos de contratação pública, assim como a Lei 8.666/1993 também não elegeu como requisito condicionante a participação de empresas nos certames públicos (GUIMARÃES, 2018, p. 211), mas a nova lei de licitações já prevê para obras de grande vulto.

Apesar de não haver exigência expressa na Lei nº 8.666/93, e na legislação federal que estabelece o programa de integridade, leis estaduais como a Lei do Estado do Rio Grande do Sul exige, em seu mencionado artigo 37, como condição para celebração de contratos administrativos, a implementação pela empresa contratante de programa de integridade, demonstrado no prazo de até 180 dias. O prazo de seis meses é o mesmo da Lei 14.133/2021, mas esta se aplica apenas para contratações de grande vulto.

Não obstante a exigibilidade do Poder Público estadual para fins de se resguardar e fornecedores de integridade duvidosa, em tempo, a legislação estadual é omissa quanto ao responsável pela fiscalização do programa de integridade quando da execução contratual pela empresa contratada, presumindo-se que competirá ao gestor e ao fiscal do contrato a aferição do contratado frente ao novel diploma legal. Tampouco, todavia, inexistem parâmetros de comprovação à efetividade do programa, nos termos exigíveis do artigo 38 da lei.

Por outro lado, deixar de implementar o programa de integridade o contratado estará em descumprimento legal, ensejando aplicação de sanções administrativas e pecuniárias, inclusive poderá ser ele inscrito em cadastro de empresas inadimplentes com o Poder Público.

Fica difícil e por vezes incompreensível ao contratado atender às disposições legais e contratuais sem que, do outro lado, tenha o gestor subsídios para fiscalizar essa implementação compulsória, pois lhe faltará elementos que o próprio legislador não lhe outorgou, ou ainda, que não houve regulamentação ou instrução para que isso seja possível e aplicável em contratos vigentes, gerando riscos imprevisíveis ao contratado.

A lei de licitações estabelece o princípio constitucional da isonomia como de observância

obrigatória nos certames públicos, a fim de garantir a competitividade entre os concorrentes que visam entregar a proposta mais vantajosa para a Administração. Assim,

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

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

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

Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União, nos seguintes excertos:

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

A lista de documentos passíveis de serem exigidos dos interessados na etapa de *habilitação* é exaustiva (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993) . Acórdão 2197/2007-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN (BRASIL, 2007)

Como se percebe, a exigência como requisito de habilitação, sem alteração legislativa, não é permitida, podendo, no entanto, a Administração Pública exigir como condição para contratação como o faz a lei estadual que estabelece o programa de integridade para contratos com o Estado do Rio Grande do Sul.

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

Todavia, apesar do entendimento não pacificado da doutrina, perfilhamos o entendimento de que é possível exigir como condição de execução e manutenção contratual, uma vez que não restringe a competitividade no momento da disputa pública durante a sessão, por ausência de

legislação autorizadora, e garante à Administração Pública que tenha vínculo contratual com empresas que possuem integridade no exercício de suas atividades comerciais.

Para corroborar com o entendimento aqui defendido, importante trazer a contribuição de Rodrigo Pironti Castro (2019) que menciona o entendimento daqueles que defendem a inconstitucionalidade – por entenderem ser competência privativa da União, apenas – e os que, como ele, defendem a constitucionalidade da exigibilidade, partindo-se do pressuposto de que “vai ao encontro das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade”, além de complementá-la de acordo com a necessidade de cada ente político. (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 42-43).

Para os defensores da inconstitucionalidade da medida, ventila-se também violação ao princípio da competitividade, mas esse argumento é sumariamente descartado, uma vez que a legislação que regulamenta os programas de integridade nas diversas esferas governamentais a exigem para fins de contratação – e muitas vezes com prazos para implementação – e não como condição de participação, ou seja, não como requisito de habilitação.

Como ventilado, pouco é sabido de como efetivamente pode ser comprovada a implementação pelo licitante de um programa de integridade exigido pela lei, pois não há parâmetros estabelecidos para que o agente público possa confirmar a existência de conformidade ética e integridade por parte da empresa concorrente. No edital analisado, de número 399/2019, do Pregão Eletrônico cujo objeto é vigilância patrimonial armada, publicado pela Secretaria de Meio Ambiente e Infraestrutura – SEMA, a exigência de programa de integridade está inserida na minuta contratual, no item 10.33 do anexo do edital, prescrevendo que o contratado deverá apresentar, se for o caso, Programa de Integridade nos termos da legislação estadual. Ora, a faculdade está condicionada aos requisitos exigidos pelo artigo 37 da Lei estadual, e não a critério do licitante.

Na prática administrativa, seria moroso para os agentes públicos ou gestores e fiscais de contratos administrativos, antes da celebração do contrato ou durante sua vigência ou execução de prazo, avaliar a implementação de programa de integridade, salvo se a avaliação se der pelos requisitos estabelecidos pelo Decreto Federal ou Lei do estado a que esteja vinculado a Administração Pública contratante, que muitas vezes são omissas em pontos críticos, como a simples verificação do atendimento dos requisitos da própria lei.

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

4 ATOS ILÍCITOS PREVISTO NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES, LEI DO PREGÃO E REFLEXO NA LEI DE RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) arrolou em seu artigo 5º os potenciais atos lesivos praticados em face da Administração Pública, nacional ou estrangeira, e destacou, no inciso IV,

aqueles atos lesivos que são inerentes às licitações e contratos administrativos, como frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, obter vantagem ou benefício indevido, impedir a realização da licitação, manipular o reequilíbrio contratual, dentre outros.

A Lei de Licitações arrola os crimes praticados e as penas cominadas em seus dispositivos legais, que em muito coincidem com o rol estabelecido pela lei nacional anticorrupção. A distinção entre ambas as normas é peculiar, conforme a doutrina vem se posicionando.

Os crimes tipificados na Lei de Licitações não são passíveis de admissão de modalidades culposas, sendo necessário a configuração do dolo específico, tendo em vista que a tutela penal tem como foco reprimir condutas dolosas e se baseia na regra do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, a qual prescreve que ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (JUSTEN FILHO, 2016).

Por sua vez, as infrações relacionadas no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) tutelam o patrimônio público, a isonomia, a moralidade e a transparência nas contratações públicas, e ensejam responsabilidade administrativa da pessoa jurídica – e não penal –, porque não lhe é exigida a culpabilidade (MOTTA, 2018, p. 90-93).

Assim, o rol do artigo 5º são infrações de mera conduta, sendo que a simples prática da inobservância da lei é suficiente para a aplicação da sanção, isto é, o descumprimento da norma por si só enseja o sancionamento, mesmo que não haja lesão ou dano ao Poder Público (MOTTA, 2018, p. 91).

Em complemento, Cunha e Souza (2020, p. 57) defendem ser exemplificativo o rol de infrações do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, e nessa linha, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2009) identificou algumas estratégias e condutas de conluio praticadas pelos particulares nas contratações públicas, reforçando que, conforme as estratégias abaixo arroladas, o rol das infrações em questão é exemplificativa.

Tais estratégias que visam burlar a contratação pública encontram tipificação na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/02, na Lei nº 14.133/2021 e na Lei nº 12.846/2013, sendo que as pessoas jurídicas também respondem no regime sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa – LIA, Lei nº 8.429/1992, com base no seu artigo 3º, por crime de improbidade administrativa, desde que haja conluio ou envolvimento de agente público (artigo 2º, LIA).

Todavia, a responsabilidade é subjetiva na LIA e não tutela, obviamente, a Administração Pública estrangeira, ao passo que na LRPJ a responsabilidade é objetiva, e importante destacar que não houve com a inserção do novel diploma em questão a criação de novo sistema de responsabilização, havendo, contudo, alteração substantiva no sistema de responsabilização civil e administrativa (OLIVEIRA, 2018, p. 24).

CONCLUSÕES

A legislação federal trouxe inovações de combate à corrupção para que seja exigida das

empresas com quem a Administração Pública pretende ter vínculo contratual para prestação de serviços ou atender às necessidades institucionais, a fim de garantir um vínculo ético e íntegro por parte dos seus fornecedores.

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

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

A Administração Pública, em especial dos entes federados, a exemplo do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou em sua jurisdição o disposto na Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013), por intermédio da Lei Estadual 15.228/2018, para toda a Administração Pública estadual, como critério de escolha de futuros contratados para fornecimento de bens e serviços que venham a implementar programa de integridade no prazo estipulado em lei durante a execução contratual, como medida de ter em seus contratos empresas inidôneas e comprometidas com a ética e a integridade no desenvolvimento de suas atividades com o Poder Público.

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

De todo modo, a exigência de programa de integridade a ser implementada pelas empresas interessadas em celebrar contratos com a Administração Pública é uma exigência vigente em alguns entes federados, como o Estado do Rio Grande do Sul, mas não se despertou ainda, para a maioria das empresas, o interesse por sua implementação, seja por ausência de exigência em alguns tipos de certames licitatórios, seja porque a maioria das empresas não possuem ou não interessam celebrar contratos ou convênios com o Poder Público, ou ainda, por não existir na lei de licitações de forma clara e direta a exigência de programa de integridade, o que irá ocorrer e poderá mudar com o advento da nova lei geral de licitações que se avizinha.

Ainda que o despertar da novidade legislativa seja recente, pouco mais de meia década, a instituição de conformidade com a ética pelas empresas privadas não é uma novidade no setor privado e nas relações entre si, mas o é perante o Poder Público, que está a exigir e a se exigir, a partir da Política de Governança instituída no âmbito do Poder Público Federal, pelo Decreto 9.203 (BRASIL, 2017), de 22 de novembro de 2017, uma governança pública, que de acordo com o inciso I, do seu artigo 2º, é o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle

postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Nesse sentido, o governo criou no âmbito de seus órgãos e entidades públicos, ambiente propício para o desenvolvimento de procedimentos de gestão de riscos, controles internos e integridade como política de governança pública, bem como inseriu em lei rol de sanções que ensejam responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que atentam aos princípios da contratação pública.

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

Temos, pois, que a exigibilidade de programa de integridade no Estado do Rio Grande do Sul atende a toda a Administração Pública Estadual, cuja norma está de acordo com os princípios constitucionais da moralidade e legalidade e atende também aos princípios norteadores da contratação pública esculpido no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, e deve ser exigidas em quaisquer certames públicos publicados a partir da vigência do novel diploma legal e desde que o valor da contratação seja superior ao valor mínimo por ela estabelecido.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62-63.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da lei 8.666/93. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral Da União. O Pró-Ética. Brasília, DF: CGU, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/avaliacao-e-promocao-da-integridade-privada/empresa-pro-etica/historico#:~:text=A%20iniciativa%20consiste%20em%20fomentar,atos%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20e%20fraude>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 4.410/2002, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Decreto 5.687/2006, de 31 de Janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. **Decreto 8.420/2015, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Decreto 9.203/2017, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

BRASIL. **Lei 12.846/2013, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 27.922**. Cuidando o objeto da licitação de serviços de administração penitenciária, envolvendo atividades de vigilância, não há como afastar a exigência legal de que o licitante possua autorização da Polícia Federal. Recorrente: Aroma e sabor alimentação e serviços Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Teori Albino Zavascki, 4 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6061994/inteiro-teor-12199143>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Acórdão 2197/2007**. Impõe-se a adoção de medida cautelar objetivando a suspensão do procedimento licitatório em face do receio de possível dano causado por eventual contratação de serviços baseada em licitação em que o caráter competitivo foi prejudicado pelo estabelecimento de cláusulas editalícias excessivamente restritivas. Interessado: Secex/PR. Recorrido: Prefeitura Municipal de Apucarana/PR. Relator: Augusto Sherman, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuiid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Acórdão 3663/2013**. A exigência de certificação de qualidade de processo de software (CMMI e MPS.BR) é vedada na fase de habilitação. Interessados: Igma Dataserv Informática S/A e Spread Sistemas e Automação Ltda. Recorrido: Secretaria de Controle Externo de Aquisições e Logística – Selog. Relator: Marcos Bemquerer, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/5/sinonimos%3Dtrue?uuiid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas**: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COMIM, Flávio. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Cambridge: Flávio Comim, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Lei anticorrupção empresarial**. 3. ed.

Salvador: Juspodivm, 2020.

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

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

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

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236188>. Acesso em: 24 jul. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

LEAL, Dionis Janner. **Estudos sobre *accountability*, governança e contratação pública**: aportes para um debate inicial. Santo Ângelo: Metrics, 2022.

LEAL, Rogério Gesta. A nova lei anticorrupção empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 81-112.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas. Paris: OCDE, fev. 2009. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-46.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

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

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

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 15-20.

Recebido em: 22/03/2020

Aprovado em: 25/04/2023