

COMPLIANCE E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O INCENTIVO NORMATIVO À IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

COMPLIANCE AND THE NEW BIDDING LAW: THE NORMATIVE INCENTIVE TO IMPLEMENTATION OF INTEGRITY PROGRAMS

Douglas Oliveira Santos*

Sandro Mansur Gibran**

*Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania (Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA)
Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA)
Email: douglas.oliveira@ovsa.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2760-2541>

**Doutor em Direito Econômico e Socioambiental (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR)
Mestre em Direito Econômico e Socioambiental (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR)
Email: sandro@rochagibran.adv.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>

COMO CITAR: SANTOS, Douglas Oliveira; GIBRAN, Sandro Mansur. *Compliance e a nova Lei de Licitações: o incentivo normativo à implementação de programas de integridade*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 11-24, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p11-24. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo tratar da normatização no Brasil dos sistemas de autorregulação e de integridade implementados na atividade empresarial, dentre os quais se encontra o *compliance*. Serão objeto de destaque os fundamentos que culminaram com surgimento da ideia de implementação do *compliance*, especialmente nas empresas brasileiras, destacando-se nesta perspectiva tanto a tendência mundial de procedimentos aptos a estabelecer regras para cumprimento de normas legais e programas de conduta ética eficazes pelas empresas, como a necessidade do Brasil dar cumprimento a tratados internacionais dos quais se tornou signatário, comprometendo-se a adotar ferramentas enérgicas de combate à corrupção em todos os segmentos da vida em sociedade. Por outro lado, em que pese as questões jurídicas que circundam a autorregulação e o *compliance* serem motivo de muitos debates, será abordada especialmente a necessidade de implementação de programas de integridade nas empresas que participam de licitações públicas pois, segundo estudos realizados, que serão tratados nesse artigo, as compras públicas são fonte intensa de corrupção nos países em desenvolvimento, como se tem inúmeros casos que se tornaram públicos nesse setor no Brasil e, nessa perspectiva, o presente trabalho também se dedicará a analisar os reflexos das previsões da Lei 14.133/2021, chamada popularmente de Nova Lei de Licitações, acerca da implementação de programas de integridade, que a partir da nova legislação, podem ser obrigatórias a depender da situação ou, ainda, utilizadas de maneira a conceder vantagem às empresas que se valem das práticas de *compliance*, sendo utilizado como critério de desempate em certames e motivo de atenuação de penalidade em outros casos. Desse modo, havendo previsões na Nova Lei de Licitações de benefícios legais para empresas que tenham implementado programas de integridade, mostra-se relevante também analisar os reflexos dessa disposição legal e os motivos de fundamento do legislador, pontos que serão abordados nesse estudo.

Palavras-chave: nova lei de licitações; *compliance*; programa de integridade.

Abstract: This article aims to address the standardization in Brazil of self-regulation and integrity systems implemented in business activity, including compliance. The fundamentals that culminated in the emergence of the idea of implementing compliance will be highlighted, especially in Brazilian companies, highlighting from this perspective both the global trend of procedures capable of establishing rules for compliance with legal standards and effective ethical conduct programs by companies, such as Brazil's need to comply with international treaties of which it has become a signatory, committing itself to adopting energetic tools to combat corruption in all segments of life in society. On the other hand, although the legal issues surrounding self-regulation and compliance are the subject of much debate, the need to implement integrity programs in companies that participate in public tenders will be particularly addressed because, according to studies carried out, which will be addressed In this article, public procurement is an intense source of corruption in developing countries, as there are numerous cases that have become public in this sector in Brazil and, from this perspective, the present work will also be dedicated to analyzing the consequences of the provisions of Law 14,133/ 2021, popularly called the New Bidding Law, regarding the implementation of integrity programs, which based on the new legislation, may be mandatory depending on the situation or even used in a way that grants an advantage to companies that use integrity practices. compliance, being used as a tiebreaker criterion in competitions and as a reason for mitigating penalties in other cases. Therefore, as the New Tender Law provides for legal benefits for companies that have implemented integrity programs, it is also relevant to analyze the consequences of this legal provision and the reasons behind the legislator's reasoning, points that will be addressed in this study.

Keywords: new bidding law; compliance; integrity program.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo, é discorrer sobre os programas de integridade, especialmente o *compliance*, e os avanços que podem ser encontrados com a disseminação dessas práticas na atividade empresarial e na relação estabelecida entre empresas privadas e o poder público.

A problemática será definir, a partir de pesquisa bibliográfica, a importância da implementação dos programas de integridade na atividade empresarial, sobretudo aquelas que se relacionam comercialmente com o poder público, com vistas a garantir que esse liame seja pautado com integridade, eticidade e em combate à corrupção.

Nesse contexto, será objeto de análise a corrupção nas compras públicas, que perpassam por propinas e vantagens concedidas a funcionários de alto escalão e que prejudicam o Estado tanto pelo desvio criminoso dos recursos públicos, como pelo emprego ineficiente de verbas públicas, na medida em que o intuito criminoso pode influenciar nas diretrizes do Estado, optando por adotar políticas voltadas a áreas em que há maior concentração de propina ou mesmo em obras de infraestrutura superfaturadas.

Por outro lado, estudar-se-á o *compliance*, que tem sido objeto de muitos debates atualmente, por tratar-se de um sistema de autocontrole introduzido no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de uma década, pelas Leis 12.846/13 e 12.683/2012 (Brasil, 2012, 2013), cumprindo uma tendência mundial de levar as companhias a adotarem programas eficientes de autocontrole de conduta, visto que as consequências de sua implementação na atividade empresarial tem se revelado positivas, pois os programas podem contribuir para que a empresa, a partir de sua implementação, atue de maneira ética e íntegra, inclusive com o poder público.

Por fim, serão abordados os possíveis avanços que resultarão das previsões estabelecidas na nova lei de licitações que, em vários artigos, positivou os programas de integridade como obrigatórios para algumas empresas licitantes em determinados casos, como nas hipóteses de licitação de obras de grande vulto ou quando da reabilitação de empresas e, muito embora facultativo em outras situações é inegável o benefício às empresas que tenham *compliance* implementado, como quando de empate em disputadas em processos licitatórios ou para fins de gradação de penalidade, caso ainda assim tenha incorrido em falta.

Desse modo, em primeiro momento destacar-se-á o sistema de *compliance*, como e quando foi criado, suas funções e a maneira como passou a ser implementado em empresas brasileiras como consequência das legislações criadas com a finalidade de sintonizar-se com a visão global acerca dos programas de integridade.

Em seguida, será objeto de enfoque a corrupção nas compras públicas, que segundo estudos realizados, são frequentes e de grande monta, principalmente em países em desenvolvimento (como é o caso do Brasil), sendo necessária a utilização de novos mecanismos aptos a reduzir a corrupção neste tipo de contratação.

Após, estudar-se-á a Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021), chamada de nova Lei de licitações, com destaque aos avanços trazidos em seu texto sobre a implementação de programas de *compliance* por empresas que atuam fornecendo produtos ou serviços ao poder público.

Por fim, serão delimitados os possíveis reflexos da implementação do *compliance* por empresas que atuam prestando serviços e fornecendo produtos ao poder público, como estímulo à disseminação de uma cultura de integridade e ética, que seja eficaz no combate à corrupção em compras públicas.

1 DEFINIÇÃO DO SISTEMA DE COMPLIANCE COMO PROCEDIMENTO DE AUTORREGULAÇÃO E INTEGRIDADE

A palavra *compliance* origina-se do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto.

O *compliance* é originário do Direito norte-americano, que foi o primeiro país a comprometer-se com a luta contra a corrupção internacional, o que fez por meio do *Foreign Corrupt Practice Act*, instituto que foi fortemente ampliado após a crise financeira de 2008 (Antonietto; Castro, 2014, p. 2).

No contexto do Direito, o *compliance* é utilizado como um programa eficaz de prevenção ao descumprimento, pela empresa, de qualquer tipo normas vigentes, orientando e estabelecendo preceitos éticos que serão observados como normas internas das próprias companhias.

O *compliance* pode ser definido como sendo um sistema implementado na empresa, capaz de prevenir, mediante orientação e fiscalização dos colaboradores e diretores, o descumprimento de preceitos legais, garantindo que as normas existentes efetivamente sejam respeitadas e cumpridas durante o desenvolvimento da atividade empresarial, assim como as normas éticas e as regras internas da companhia.

Quando se destaca que o *compliance* se trata de um programa ou sistema de autorregulação ou autocontrole, é relevante partir da premissa de que o vocábulo controle está intimamente relacionado à diminuição e gestão de riscos e incertezas relacionados a eventos futuros.

Diz-se que tudo está sob controle se o grau de dúvida quanto aos procedimentos de todas as atividades e suas consequências são compreendidos por um limite tolerável. E quando o controle é realizado pela própria empresa se reconhece o autocontrole.

Nesse mote, o autocontrole significa não correr riscos de descumprir marcos regulatórios estabelecidos pelo Estado e, no âmbito intraempresarial, atuar de acordo com um procedimento conforme de conduta, que respeite as regras éticas e institucionais e seja observado pela própria companhia por meio do *compliance*.

De modo geral, o *compliance* ganhou maior notoriedade na medida em que as infrações cometidas pelas companhias no desenvolvimento da atividade empresarial passaram a ser punidas de forma mais rigorosa, com sanções severas, sendo certo que em alguns países, como no Brasil,

existe previsão acerca da responsabilização criminal da pessoa jurídica em determinadas infrações, além da aplicação de multas com patamares elevados que podem impactar os resultados financeiros das companhias e até mesmo em sua atividade empresarial.

Sob este prisma, a prevenção contra condutas que importem em infrações a legislação vigente e que desrespeitem as próprias normas de conduta das companhias tornou-se necessária para a manutenção da imagem, credibilidade e para a própria sobrevivência da empresa, sobretudo em mercados mais competitivos.

Segundo destaca Coimbra e Manzi (2010, p. 6):

O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura esta imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as organizações. Com efeito, uma organização que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes. A cultura organizacional ligada à ética exerce uma clara influência sobre a integralidade dos funcionários. Assim, quanto mais profunda a cultura de integridade organizacional, menor a incidência de fraudes e outros comportamentos que representam desvios de recursos.

De acordo com os ensinamentos de Coimbra e Manzi (2010), a implantação do *compliance* como ferramenta de prevenção à prática de infrações dentro da atividade das companhias, acaba por ser primordial para que se implemente uma cultura ética no âmbito da empresa, o que é propiciado por meio da adoção de procedimentos comportamentais capazes de diminuir os riscos de prejuízos financeiros, seja por atos cometidos por colaboradores, seja pela ação dos diretores.

Como já destacado, a função precípua do *compliance* como ferramenta de autocontrole é fazer uma gestão dos riscos da atividade desenvolvida pelas companhias, que evidentemente são diminuídos quando se respeita a legislação do país, os preceitos éticos e as regras internas da empresa.

O controle também tende a aumentar a eficácia da atividade empresarial, chegando ao objetivo almejado, a exemplo da diminuição de custos ou de tempo, com a adoção de procedimentos eficientes. É que os controles internos serão sempre mais eficazes se a companhia tiver segurança de que os objetivos operacionais da entidade são alcançados; as demonstrações financeiras são preparadas de maneira confiável; e as leis e regulamentos aplicáveis são cumpridas.

Nesta linha de perspectivas, é relevante destacar que o programa de *compliance* pretende prevenir todos os tipos de irregularidades que possam ser praticadas durante a atividade empresarial, sejam relacionadas ao desvio de conduta, valores ou bens por colaboradores ou diretores para proveito próprio ou para pagamento de propinas para agentes políticos.

Na prática diária da atividade empresarial, o programa de *compliance* deve ser destacado como uma área da companhia responsável por cuidar do cumprimento das leis, dos regulamentos, das normas internas e dos padrões éticos de conduta, mediante a prevenção de comportamentos que venham a trazer temeridade para a empresa, seus clientes, empregados, quotistas, diretores,

fornecedores e a sociedade de um modo geral, no intuito de garantir que a atividade empresarial se desenvolva de forma contínua, com o menor risco possível.

Na visão do BCB (2007): “A área de Compliance é assistir os gestores no gerenciamento do risco de compliance, que pode ser definido como o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta etc”.

É mister que o programa de *compliance* tenha independência dentro da atividade empresarial, mesmo porque, a imparcialidade deve permear a relação entre o programa e as demais áreas da companhia, visto que as ações suspeitas, antiéticas e corruptas, além de serem prevenidas, quando constatadas, devem ser reprimidas e denunciadas, reportando-se todas as falhas de conduta verificadas, que venham de alguma forma a destoar das normas regulamentares do Poder Público ou da própria companhia.

De acordo com as ponderações acima, pode-se concluir que o programa de *compliance* pretende dar cumprimento às normas legais, intraempresariais e resguardar os preceitos éticos pela companhia. Se trata de um núcleo a ser implementado e que obrigatoriamente deverá contar com imparcialidade e independência, em razão das características de sua função, primando por uma correta gestão de riscos a fim de diminuí-los por meio de ações de prevenção e combate a práticas corruptas e antiéticas e o cumprimento das normas legais e dos regulamentos internos das companhias.

Com efeito, para que os programas de integridade sejam estabelecimentos no maior número de empresas, é importante que sejam criadas normas que estabeleçam obrigações ou incentivos para a execução do programa de *compliance*, o que se pode verificar no caso da recente Lei 14.133/2021, que alterou a antiga Lei de Licitações.

2 COMPLIANCE COMO CONSEQUÊNCIA DE UMA TENDÊNCIA MUNDIAL DE MERCADO E POR SER UM MECANISMO APTO A DAR CUMPRIMENTO A TRATADOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

Uma vez esclarecido o *compliance* como mecanismo de autocontrole e programa eficaz de integridade, é interessante destacar sua difusão no Brasil, por meio de normas que instituíram a necessidade de seu emprego ou mesmo estabeleceram benefícios para as empresas que tenham o sistema implantado.

Apesar de parecer relativamente recente, não é de hoje que os países desenvolvidos estão exigindo a adoção do programa de *compliance* pelas companhias que exercem atividade empresarial em seu território.

Os Estados Unidos, pioneiro em relação ao *compliance*, já previa em sua legislação a obrigação de autocontrole das companhias desde 1977, sendo posteriormente seguido por outros países da Europa.

Com efeito, no Brasil, o *compliance* foi introduzido como consequência e resposta ao apelo de alinhamento da legislação brasileira à legislação dos países desenvolvidos e para dar cumprimento a tratados internacionais dos quais tornou-se signatário, tendo em vista que o aumento de investimento estrangeiro, em razão da globalização, vinha exigindo adequação das companhias que atuam no Brasil às diretrizes internacionais anticorrupção e de prevenção à prática de crimes relacionados à atividade econômica.

É relevante destacar que o primeiro setor a investir em programas de *compliance* no Brasil foi o bancário e o cumprimento de tais normas teve início há pouco mais de 10 (dez) anos. O Brasil sancionou duas Leis; quais sejam: 12.683/2012 e 12.846/13. Ambas fizeram previsões expressas no sentido de ressaltar a necessidade de autocontrole das companhias, como forma de proteger a pessoa jurídica de penalidades impostas pelo Poder Público ou, no mínimo, atenuar aquelas a serem aplicadas.

A primeira legislação brasileira promoveu sensíveis modificações na Lei de Lavagem de Dinheiro, sendo traço marcante desta lei a instituição obrigatória do sistema de *compliance* no âmbito de determinadas pessoas jurídicas que possuíssem como atividade primária ou secundária a atuação no âmbito do mercado financeiro.

Ao que parece, o intuito do legislador com a consagração do *compliance* na Lei de Lavagem de Dinheiro e Capitais foi dificultar ou impedir a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens e de valores, impondo às pessoas jurídicas elencadas na legislação a adoção de políticas e programas de autocontrole interno, compatíveis com a sua estrutura operacional e de atuação no mercado.

Por outro lado, em relação à Lei Anticorrupção, há previsão expressa de que havendo transgressão à referida norma; ou seja, apurando-se a prática de corrupção por meio das ações descritas no artigo 5º da referida Lei, que dispõe sobre as condutas consideradas como ato lesivo à administração pública nacional e estrangeira, quando for aplicada a penalidade prevista, de acordo com o artigo 7º, VIII, deverá ser levado em consideração a existência ou não de mecanismos e de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta junto à pessoa jurídica sob análise.

Portanto, parece claro que o Brasil, por meio da edição de legislações prevendo a necessidade e concedendo benefícios em caso de implementação de programas de autocontrole nas companhias, acaba por demonstrar a preocupação com a matéria, seja porque está dando cumprimento a tratados internacionais que firmou, conforme será posteriormente esclarecido ou em razão da necessidade de adequar-se às práticas internacionais, principalmente em uma economia periférica e que ainda depende sobremaneira do capital externo.

Com efeito, atualmente no Brasil, mesmo com a previsão expressa em algumas legislações, os programas de *compliance* estão implantados, salvo casos isolados, somente nas companhias que correm maior risco de crises institucionais e de imagem ou, então, quando os órgãos de regulação externa exigem a criação do setor.

Segundo Antonietto e Castro (2014, p. 7), a implantação do *compliance* no Brasil, por meio da sanção das Leis anteriormente referidas e da regulamentação de órgãos de controle externo, além da tendência global já mencionada, também é proveniente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, devendo ser tomado por exemplo: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006; Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002; e a Convenção Sobre o Combate da Corrupção dos Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto 3678/2000.

A Nova Lei de Licitações também obriga a alguns empresários que pretendam contratar com a administração pública a obrigação de estabelecimento de programas de integridade e, em outras oportunidades, positiva situações em que as empresas que já tenham adequado programas de *compliance* sejam de alguma forma beneficiadas. Verifica-se, deste modo, o intuito do legislador em incentivar o crescimento dos programas de *compliance* às empresas brasileiras ou àquelas com atuação no Brasil.

3 DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE COMO FORMA DE REDUZIR A CORRUPÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS

Segundo Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka (2020, p. 123), contratos, concessões e privatização de bens públicos são frequentemente mais lucrativos do que as negociações similares que aconteçam setor privado.

A corrupção pode alocar esses escassos e valiosos recursos; quer dizer: que contratos públicos, especialmente nos países em desenvolvimento, normalmente são muito mais lucrativos para as empresas que fornecem produtos ou prestam serviços, do que os realizados na iniciativa privada, sendo esse um traço da “grande corrupção”, que transfere receitas monopolistas para investidores privados, em troca de pagamentos para a elite, à funcionários corruptos que recebem uma fatia dos lucros sob a forma de vultosas propinas.

De acordo com a obra de Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 127), em uma pesquisa de 2012, com 3 mil executivos de negócios em 30 países, 27% acreditavam ter perdido um contrato com o governo no ano anterior porque seus “competidores” haviam subornado para obter o contrato; as respostas variam de 2% no Japão a 50% na Malásia. No Brasil, segundo pesquisa realizada em 2004, 87% das empresas indicaram que suborno e nepotismo são frequentes nas compras governamentais, mais do que em qualquer outra área estudada; e, em segunda pesquisa, 62% dos representantes das empresas, afirmaram que haviam participado de concorrência para trabalhos e tinham se defrontado com solicitação de propinas. Segundo a transparência internacional, a corrupção pode elevar os custos de compras em até 50%.

Desse modo, evidencia-se que a grande corrupção em compras se deve especialmente aos empresários que vendem produtos ou prestam serviços inflacionados para ter o que dividir com os funcionários públicos corruptos.

Analisando a corrupção nas compras públicas, Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 130-131) destacam situações em que a corrupção se desenvolve nas compras públicas; a saber:

Um primeiro caso e mais simples é aquele em que os parâmetros básicos do negócio – custo e características – são previamente conhecidos e, propinas são usadas para conceder às empresas uma maior fatia dos ganhos líquidos. Em um segundo caso, funcionários corruptos proveem um orçamento excessivo, de forma que o pagamento da propina fique escondido nos fundos inflados, sendo o aumento provido pelos contribuintes de impostos, no presente e no futuro. Em um terceiro caso, a corrupção pode modificar a natureza do projeto, de forma a enriquecer a empresa e seus colaboradores do setor público, ocultar pagamentos ilegais e criar oportunidades futuras de novos pagamentos ilícitos. O funcionário envolvido pode favorecer empresas que tenham um forte histórico de colaborar com a corrupção, limitando assim a competição.

Os impactos decorrentes da corrupção em alto nível vai além da mera escala dos investimentos públicos e da perda de receita pelo orçamento público, podendo haver situações em que altos funcionários selecionam projetos e determinam compras sem nenhuma racionalidade macroeconômica, apenas para aumentar os níveis de propina.

Um estudo empírico, citado por Rose-Ackerman e Palifka (2020, p.133), destaca que altos níveis de corrupção estão associados a altos níveis de investimentos públicos, como percentagem do PIB, por exemplo. Países mais corruptos gastam relativamente menos em operações e em manutenção e têm qualidade inferior de infraestrutura.

Com a finalidade de combater e reduzir a corrupção nas compras públicas, os programas de integridade se apresentam como mecanismos eficazes, ao menos atenuando as práticas corruptas, especialmente quando são formados de maneira correta, sendo aptos a conduzir a empresa a adotar procedimentos conforme, respeitando tanto as normas legais como aquelas internas.

Com efeito, na visão de Eduardo Saad-Diniz, independentemente dos benefícios oriundos dos programas de integridade, deve haver uma preocupação por parte dos legisladores e do próprio Poder Judiciário com a ausência de avaliação científica de programas de *compliance*, situação que pode incorrer no risco de criação de fachada – uso cosmético - de comportamentos ético-empresariais, cujo resultado não poderia ser outro que a mera lavagem da reputação da empresa.

Eduardo Saad-Diniz chama a atenção para o fato de que os programas de integridade sejam de fato implementados de maneira efetiva, não podendo ser tratados com a finalidade única e exclusiva de justificar ganhos e benefícios para as empresas.

Por outro lado, se realizado o sistema de *compliance* de maneira correta, a tendência é que a empresa atue com proceder ético e dê cumprimento tanto à legislação, como às regras internas,

atuando de forma diligente e íntegra, na produção e na comercialização dos bens de produção ou na prestação de serviços, lidando com o Poder Público de maneira correta.

4 AVANÇOS TRAZIDOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: INCENTIVO AOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

A Lei 14.133/2021, tratada como Nova Lei de Licitações ou NLLC, foi sancionada com a finalidade de adequar as compras públicas a uma nova realidade vivida no Brasil e, de início, dispôs em seu texto os princípios a serem observados nas licitações e nos contratos por ela regidos, conforme se verifica do seu art. 5º.

A nova lei replicou alguns princípios já positivados na norma constitucional, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, contidos no art. 37, *caput*, da Constituição e, também, repetiu princípios que já constavam das Leis 8.666/93 e 9.784/1999, como aquele da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e do desenvolvimento nacional sustentável, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público.

Por outro lado, a Lei de Licitações inovou ao exigir expressamente o dever de observância a novos princípios, não positivados na legislação anterior, como aquele do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da competitividade, da celeridade e da economicidade.

A Lei de Licitações apresentou várias modificações no sistema de compras públicas, contudo, no presente ensaio, destacar-se-á principalmente a questão da positivação dos programas de integridade na referida Lei, com a intenção de assegurar que as empresas que contratam com a Administração Pública adotem sempre conduta adequada, com integridade e eticidade.

Ademais, os programas de conformidade tendem a afastar ações que não observem o fim último dos processos de compras públicas, que é o interesse público e a melhor contratação, daí porque, a nova legislação passou a premiar, em algumas hipóteses, os empresários que investem em programas de integridade e *compliance* e, em outras, tornou obrigatória a realização destes programas.

Cabe esclarecer que, de acordo com a Lei de Licitações, na maioria das situações, os programas de integridade não se apresentam como um requisito obrigatório para as empresas participarem dos certames, sendo, portanto, uma faculdade do licitante, que em algumas situações pode lhe trazer vantagens.

Desse modo, pode-se compreender que ao lado de outras importantes leis que positivaram os programas de integridade e criaram incentivos à sua implementação, como a Lei Anticorrupção e Lei de Lavagem de Dinheiro, a nova Lei de Licitações assumiu expressamente a importância dos programas de integridade a quem contratar com a administração pública.

Nessa perspectiva, o grande desafio que se apresenta será avaliar de fato a efetividade dos programas de integridade nas empresas brasileiras, pois a ausência de avaliação científica de programas de *compliance* aumenta o risco da criação do que Eduardo Saad-Diniz “chama de *compliance* criado de fachada – uso cosmético - de comportamentos ético-empresariais, cujo resultado não poderia ser outro, que a mera lavagem da reputação da empresa”.

É importante esclarecer que a introdução de programas de integridade na legislação brasileira de compras públicas não se trata de uma inovação, na medida em que outras legislações elaboradas em níveis estadual e municipal já estabeleciam regras que incentivavam a implementação de programas de *compliance*.

Desse modo, a positivação da matéria na nova Lei de Licitações se trata de verdadeira horizontalização do tema para todo o âmbito federativo, além da regulamentação específica de questões que geraram grandes embates em níveis municipais e estaduais, ante a discussão acerca da constitucionalidade ou não das normas criadas naqueles níveis, considerando a previsão constitucional de que seria privativa da União a competência para legislar sobre matéria afeta a compras públicas, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição (Brasil, 1988).

Com efeito, reitera-se que a nova legislação trouxe evidentes incentivos à organização de programas de *compliance*, sendo certo que estabeleceu a obrigatoriedade de implementação de sistemas de integridade em algumas situações e, em outras, conferiu vantagens a empresas que os implantem ou aperfeiçoem, tratando-se de uma maneira encontrada pelo legislador infraconstitucional de aumentar o combate à corrupção nas compras públicas, por meio da valorização de empresas que tenham programas de integridade e que atuem de maneira ética e proba.

No que se refere à obrigatoriedade de estabelecimento de sistema de *compliance*, a nova lei dispôs um requisito imperativo para as execuções contratuais (de obras, serviços e fornecimentos) de grande vulto, cujo valor estimado da contratação supere duzentos milhões de reais: haverá de constar previsão no edital de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, a ser computado a partir da data de celebração do contrato.

Já no que se refere às vantagens postas em favor dos licitantes que possuam programas de integridade, a nova lei determinou que a existência desses programas será aplicada como critério geral de desempate entre licitantes (art. 60, IV); ou seja: em caso de empate entre duas ou mais propostas, o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, será levado em consideração como um dos critérios de desempate entre as propostas (na verdade, o quarto critério em ordem de relevância).

Outra relevante vantagem às empresas que possuam programas de integridade está relacionada à imposição e dosimetria de sanções administrativas que, quando aplicadas, deverão considerar a implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (artigo 156, §1º), com a finalidade de gradar eventual penalidade imposta à empresa licitante.

Por fim, nos casos de aplicação da sanção pela prática de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) ou a apresentação de declaração/documentação falsa no certame ou durante a execução do contrato, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade será condição para reabilitação do licitante ou contratado (artigo 163, parágrafo único) (Brasil, 2013).

No que se refere à implantação de programas de integridade como condição para reabilitação, a nova legislação vai ao encontro de outras normas internacionais que já estabeleceram esse critério, sendo certo que o Banco Mundial, quando celebrou acordo de conciliação condicionada com a Odebrecht, em função de desvios verificados no projeto de recuperação do Rio Bogotá, na Colômbia, incluiu como uma das condições para que a empresa voltasse a ser considerada elegível justamente o compromisso de desenvolver um programa de *compliance* compatível com as Diretrizes de Cumprimento da Integridade do Grupo Banco Mundial.

Além das previsões específicas da instalação de programas de integridade, a nova Lei também incorporou os pressupostos do *compliance* ao próprio sistema de compras públicas, ao estabelecer que as autoridades nomeantes, ao designarem os agentes públicos que exercerão as funções de agente de contratação, deverão observar diretrizes voltadas à segregação de funções, sendo vedada a nomeação da mesma pessoa para atuar simultaneamente em mais de uma função suscetível de risco, de modo que com essa previsão, adota-se uma postura voltada a mitigar os riscos, a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e a ocorrência de fraudes nas contratações públicas.

A nova Lei de Licitações optou por expressamente positivar a inclusão dos programas de integridade nos procedimentos de compras públicas, estabelecendo requisitos objetivos de incentivo ou obrigatoriedade para empresas que implementem esses sistemas, justamente pelo fato de haver clara demonstração de que o *compliance* se apresenta como uma ferramenta eficaz no combate a corrupção, pois cria mecanismos internos para que as licitantes atuem de maneira ética, proba e contrária as práticas corruptas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se compreender que o *compliance*, enquanto programa de integridade, define-se como sendo um sistema implementado na empresa, capaz de prevenir, mediante orientação e fiscalização dos colaboradores e diretores, o descumprimento de preceitos legais, garantindo que as normas existentes efetivamente sejam respeitadas e cumpridas durante o desenvolvimento da atividade empresarial, assim como as normas éticas e as regras internas da companhia, sendo ferramenta eficaz no combate a corrupção.

Por outro lado, deve-se sempre haver uma atenção redobrada sobre os programas de integridade, com a finalidade de avaliar se de fato estão implementados de maneira correta e coerente, para que não sejam utilizados simplesmente com o intuito de obtenção de benefícios e disseminação de uma imagem proba por quem não há mereça.

Com efeito, é evidente que os programas de *compliance* passaram a ser difundidos e positivados em legislações brasileiras há aproximadamente 10 (dez) anos, em razão de uma mudança organizacional de empresas estrangeiras e da própria reorganização do mercado e dos países desenvolvidos, que passaram a exigir que empresas tenham programas de integridade, sendo inclusive condição para a realização ou para a manutenção de parcerias comerciais, além de ser o Brasil signatário de acordos internacionais que dispõem sobre a necessidade de se combater a corrupção.

A nova Lei de Licitações avançou sensivelmente no que se refere à previsão de realização de programas de integridade por empresas licitantes, tornando obrigatória a implementação em algumas hipóteses e concedendo vantagens às empresas que possuem em outras, tratando-se de uma importante evolução legislativa, com vistas ao incentivo aos programas de integridade, em uma área extremamente sensível.

Esses avanços são relevantes pois os programas de integridade têm se mostrado ferramenta eficaz no combate à corrupção e, a área de compras públicas, é um segmento da administração pública em que existem maiores índices de corrupção, cujos danos são extraordinários e atingem toda a coletividade.

Desse modo, compreende-se que a nova Lei de licitações é um avanço legislativo no que se refere aos programas de integridade, na medida em que incentivou sensivelmente a implementação do *compliance* como uma eficaz ferramenta de combate à corrupção e na mudança da ideia organizacional, já que, quando efetivamente estabelecidos, esses programas auxiliam as empresas a cumprir a legislação e a suas normas internas, práticas estas inerentes à correta gestão de riscos e ao devido cumprimento da função social empresarial.

REFERÊNCIAS

ANTONIETTO, Caio, CASTRO, Rafael Guedes de. Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. *In* ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 13., 2014, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 450-464. Florianópolis : CONPEDI, 2014.

BCB - BANCO CENTRAL DO BRASIL. Auditoria interna e compliance na visão do BACEN: perspectiva e responsabilidade. *In*: CONGRESSO FEBRABAN DE AUDITORIA INTERNA E COMPLIANCE, 8., 2007, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: Febraban, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**1996Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.** Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. http://planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Suzan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma.** São Paulo: FGV Editora, 2020.

COMO CITAR: SANTOS, Douglas Oliveira; GIBRAN, Sandro Mansur. *Compliance e a nova Lei de Licitações: o incentivo normativo à implementação de programas de integridade.* **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 11-24, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p11-24. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/04/2024

Aprovado em: 03/06/2024