

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' being particularly prominent and elongated.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated female figure is prominent. The sculpture is composed of many small, textured pieces. Behind it, a long, low building with a white facade and large windows is visible. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. A body of water is visible in the middle ground, reflecting the sky and the building. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A nova realidade brasileira de necessidade de programas de integridade das pessoas jurídicas licitantes em processos licitatórios da administração pública

The new reality of the need for bidders' integrity programs in Brazilian public procurement

Fernando Silva Moreira dos Santos

Luiz Fernando de Oriani e Paulillo

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	17
I. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS: PARTE GERAL.....	18
INTEGRATED CONTRACT IN LAW 14.133/2021: NEW LAW, SAME PROBLEMS? A STUDY OF COMPARATIVE LAW	20
Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Bruno Ribeiro Marques e Odilon Cavallari	
REAJUSTAMENTO DE PREÇOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIRA: O “PRINCÍPIO” DA ANUALIDADE.....	48
Ricardo Silveira Ribeiro e Bráulio Gomes Mendes Diniz	
A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, AS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS E O DIÁLOGO COMPETITIVO	61
André Dias Fernandes e Débora de Oliveira Coutinho	
LICITAÇÕES, CONTRATOS E O IMPULSO À APRENDIZAGEM PROFISSIONAL: UM ESTUDO SOBRE A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES NO ESTADO DO AMAZONAS, BRASIL	80
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Mauro Augusto Ponce de Leão Braga	
LICITAÇÕES, CONTRATOS E MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO: NOTAS SOBRE A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA CONFERIR MAIOR EFICIÊNCIA ÀS AQUISIÇÕES PÚBLICAS	97
Claudio Madureira e Carlos André Luís Araujo	
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: REFORÇO DOS MEIOS ALTERNATIVOS.....	118
Clarissa Sampaio Silva e Danille Maia Cruz	
A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DA OMC: ENTRE TABUS E DIFICULDADES REAIS	137
Eduardo Ferreira Jordã e Luiz Filippe Esteves Cunha	
II. ACCOUNTABILITY E CONTROLE	160
A LEI N.º 14.133/2021 E OS NOVOS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO: A NECESSÁRIA DEFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM PROL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	162
Ricardo Schneider Rodrigues	
O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O QUE HÁ DE NOVO?.....	183
Leandro Sarai, Flávio Garcia Cabral e Cristiane Rodrigues Iwakura	

PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO EXIGÊNCIA EM LICITAÇÕES: ANÁLISES EM PROL DA QUALIFICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO CONTEXTO DA LEI 14.133/2021.....	206
Cristian Ricardo Wittmann e Anayara Fantinel Pedroso	
A NOVA REALIDADE BRASILEIRA DE NECESSIDADE DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS LICITANTES EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	227
Fernando Silva Moreira dos Santos e Luiz Fernando de Oriani e Paulillo	
III. EFICIÊNCIA.....	242
EFFICIENCY CONTRACTS IN THE NEW BRAZILIAN PROCUREMENT LAW: CONCEPTUAL FRAMEWORK AND INTERNATIONAL EXPERIENCE.....	244
Floriano de Azevedo Marques Neto, Hendrick Pinheiro e Tamara Cukiert	
A GESTÃO DE RISCOS COMO INSTRUMENTO PARA A APLICAÇÃO EFETIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA.....	260
Rafael Rabelo Nunes, Marcela Teixeira Batista Sidrim Perini e Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto	
IV. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ESTRANGEIRO	282
LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 POR COLOMBIA: ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA FALTA DE TRANSPARENCIA.....	284
Gressy Karenly Rojas Cardona e David Mendieta	
LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA.....	312
Jaime Arancibia Mattar	
LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA.....	332
Udochukwu Uneke Alo, Obiamaka Adaeze Nwobu e Alex Adegboye	
OUTROS TEMAS	348
I. POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUCIONALIDADE	349
¿EXISTE EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL?	351
Juan Jorge Faundes e Glorimar Alejandra Leon Silva	
EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA: DOS NOCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO	384
Pedro Harris Moya	

“MINISTROCRACIA” E DECISÕES INDIVIDUAIS CONTRADITÓRIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	402
Ulisses Levy Silvério dos Reis e Emilio Peluso Neder Meyer	
A POLÍTICA DE INOVAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS NO BRASIL.....	427
Caroline Viriato Memória e Uinie Caminha	
CONFLITOS DE COMPETÊNCIA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	447
Jorge Leal Hanai, Luis Antônio Abrantes e Luiz Ismael Pereira	
O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DOS REFLEXOS DA CRISE DA COVID-19: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.....	474
Raquel Maria da Costa Silveira, Ana Mônica Medeiros Ferreira, Flávio Luiz Carneiro Cavalcanti e Haroldo Helinski Holanda	
A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA POLÍTICA FALIMENTAR.....	498
Nuno de Oliveira Fernandes	
II. POLÍTICAS PÚBLICAS, GRUPOS VULNERÁVEIS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	528
LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES Y LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN DURANTE LA PANDEMIA.....	530
Mary Luz Tobón Tobón	
LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: CONTRIBUIÇÕES DO ICCAL.....	550
Ana Carolina Lopes Olsen e Bianca M. Schneider van der Broocke	
EPISTEMICÍDIO DAS NARRATIVAS NEGRAS E LITÍGIO ESTRUTURAL: INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS PARA DISSOLUÇÃO DO PROBLEMA NO SISTEMA EDUCACIONAL.....	582
Vitor Fonsêca e Caroline da Silva Soares	
TRAJETÓRIAS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS PARA A POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL EM SITUAÇÃO DE RUA.....	598
Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima, Cynthia Xavier de Carvalho e Maria Creusa de A. Borges	
EMPRENDIMIENTO COMO FUENTE DE INGRESOS PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DE LA LEY 1448 DE COLOMBIA. REFLEXIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN EN EL VALLE DEL CAUCA.....	625
Saulo Bravo García e Luz Marina Restrepo García	
III. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÃO RESTAURATIVA.....	648

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AÇÃO COMUNICATIVA: EQUILÍBRIO ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA.....650
Daniela Carvalho Almeida da Costa e Luciana Leonardo Ribeiro Silva de Araújo

JUSTIÇA RESTAURATIVA: ACORDOS E COOPERAÇÃO.....668
Samyle Regina Matos Oliveira e Selma Pereira de Santana

A nova realidade brasileira de necessidade de programas de integridade das pessoas jurídicas licitantes em processos licitatórios da administração pública*

The new reality of the need for bidders' integrity programs in brazilian public procurement

Fernando Silva Moreira dos Santos**

Luiz Fernando de Oriani e Paulillo***

Resumo

Neste artigo identifica-se o arcabouço normativo existente em 2021 que traz a necessidade de as pessoas jurídicas possuírem programas de integridade para participarem em licitações da Administração Pública federal, dos Estados e do Distrito Federal, explorando as razões para a necessidade e explicitando as bases desses programas. Inicialmente, se apresentará o atual contexto normativo que impactou a necessidade de implementação de programas de integridade por parte das pessoas jurídicas licitantes. Em seguida, se explorará a legislação que tratou, de forma específica, sobre a necessidade de implementação de programas de integridade. Por fim, serão exploradas as bases de um programa de integridade e a resistência cultural em sua implementação. Conclui-se que, mesmo quando não há a obrigatoriedade do programa de integridade, há, nitidamente, um novo ambiente normativo que exige que as pessoas jurídicas contratadas pela Administração Pública implementem os processos de gestão de mitigação de riscos atrelados ao relacionamento com o Poder Público, assegurando, inclusive, transparência, integridade, ética e probidade, o que melhor se faz por meio de um programa de integridade. O grande impedimento para a transformação colocada refere-se à falta de uma cultura organizacional de integridade, que afasta investimento em medidas que não sejam obrigatórias; no entanto, é importante que as pessoas jurídicas licitantes entendam a necessidade atual de efetivarem programas de integridade diante do arcabouço normativo posto. O objetivo deste artigo é contribuir para a apresentação do novo cenário normativo brasileiro licitatório em relação aos programas de integridade em licitações e contratações públicas, ainda desconhecidos por muitas pessoas jurídicas licitantes.

Palavras-chave: licitações públicas; contratações públicas; programas de integridade; ética empresarial; transparência pública.

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR – com etapa desenvolvida no curso de Doutorado em Economia dos Negócios do INSPER. Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Especializado em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus - FDDJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro da Comissão Jurídica do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. Advogado especialista em Direito Empresarial. Consultor jurídico. Conselheiro Fiscal.

E-mail: fernando@moreiradosantos.com.br.

*** Diretor do Centro de Ciências Exatas e de Tecnologia da Universidade Federal de São Carlos (2019/2023). Professor Titular do Departamento de Engenharia de Produção da Universidade Federal de São Carlos. Pós-Doutorado na FAO-ONU (2007). Doutor em Economia pelo Instituto de Economia da UNICAMP (2000), com etapa de bolsa-sanduíche na Universidade de Córdoba - Espanha. Pesquisador Visitante no “Instituto de Estudios Sociales Avanzados de España” (1999). Mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos (1994). Graduado em Economia pela Universidade Estadual Paulista (1991). Pesquisador do Grupo de Ensino e Pesquisas Agroindustriais (GEPai) da UFSCar e do Núcleo de Estudos Organizacionais da UFSCar.

E-mail: dlfp@ufscar.br.

Abstract

The purpose of this article is to identify the regulatory framework existing in 2021 that brings the need for legal entities to have integrity programs to contract with the federal, state and Federal Public Administration, exploring the reasons for such need and explaining the bases for these programs. Initially, the current regulatory context that impacted the need to implement integrity programs by those hired by the Public Administration will be presented. Next, the legislation that specifically addressed the need to implement integrity programs will be explored. Finally, the bases of an integrity program and cultural resistance in its implementation will also be explored. The conclusion drawn is that, even when the integrity program is not mandatory, there is clearly a new regulatory environment that requires those hired by the Public Administration to implement risk mitigation management processes linked to the relationship with the Public Authorities, ensuring transparency, integrity, ethics and honesty, which is best done through an integrity program. The great impediment to transformation is still the lack of an organizational culture of integrity, which prevents investment in non-mandatory measures. The contribution of this article is to present a new Brazilian legal bidding scenario regarding integrity programs, which is still unknown by many bidders.

Keywords: public bids; public procurement; integrity programs; business ethics; public transparency.

1 Introdução

A ética empresarial tem ganhado cada vez mais relevância no ambiente negocial mundial, inclusive, no cenário brasileiro, o que engloba as licitações e contratações públicas. Há uma ampla evolução sobre exigência de conformidade normativa e institucional para as pessoas jurídicas que remonta ao início do século XX, e que vem trazendo, cada vez mais, coercibilidade reputacional e normativa quanto à necessidade de atuarem de forma ética, transparente, proba e íntegra, tanto em contratações privadas, quanto em contratações públicas. Como a conformidade normativa depende de processos de gestão de mitigação de risco, o que ficou conhecido como programa de *compliance*, para que se implementem e efetivem esses processos, há a necessidade, também, de se desenvolver a governança corporativa.

No Brasil, esse novo cenário de coercibilidade quanto à necessidade de programas de *compliance* é posto, especialmente, após a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei da Empresa Limpa” ou “Lei Anticorrupção”, o caso “Lava Jato”, a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, conhecida como “Estatuto Jurídica da Empresa Pública” e, mais recentemente, a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, que ficou conhecida como “Nova Lei de Licitações”. Houve, ainda, após a “Operação Lava Jato”, uma reconstrução, em especial nos anos de 2015 e 2016, do arcabouço normativo quanto à governança corporativa, reformando os pilares para que as pessoas jurídicas, em especial para as empresárias, desenvolvam uma estrutura embasada em ética empresarial e nas melhores práticas de governança: transparência, prestação de contas, sustentabilidade corporativa e equidade.¹

Assim, atualmente, há preocupação por parte das pessoas jurídicas em como proceder nas contratações públicas no Brasil, a respeito de exigências, ou benefícios, decorrentes de implementação de programas de integridade, denominação dada pelas legislações brasileiras ao tratarem do programa de *compliance* em face de ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. A crescente preocupação por parte das pessoas jurídicas é vista, por exemplo, pelo aumento da adesão ao Pacto Unidos Contra a Corrupção, atualmente, em 656.990 pessoas, e pelo aumento de solicitação de acesso ao sistema do Pró-Ética.²

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Evolução do arcabouço regulatório de governança corporativa*. 2018. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23981>. Acesso em: 30 set. 2021.

² UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao>.

Esses programas de integridade exigem a implementação efetiva de mecanismos de prevenção, detecção e resposta ao ilícito cometido em face da Administração Pública, os quais asseguram maior transparência pública, uma vez que o contratado realizará a gestão do risco e dará a devida resposta, até mesmo denunciando os eventuais desvios gerados pela Administração.

Nesse contexto, o presente artigo tem o objetivo de identificar o arcabouço normativo que traz a necessidade de as pessoas jurídicas possuírem programas de integridade para participarem em licitações públicas e contratarem com a Administração Pública federal, dos Estados-membros, em especial dos que previram a obrigatoriedade do programa, e do Distrito Federal, explorando as razões para a necessidade e explicitando as bases dos programas. A mesma sistemática pode ocorrer também nos Municípios, mas o levantamento do arcabouço normativo nesses entes não será objeto do presente artigo.

2 Novo contexto normativo

Após as manifestações populares ocorridas no Brasil de abril a julho de 2013 clamando, dentre outras pautas, por um combate efetivo à corrupção, foi promulgada em 1º de agosto de 2013, a Lei n.º 12.846, com vigência a partir de 29 de janeiro de 2014, a qual trouxe a objetivação da responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Com esta Lei, tipificou-se uma série de ilícitos que não eram, no costume das legislações estrangeiras e internacional, tratados juntamente ao *compliance* anticorrupção. Os ilícitos previstos na Lei pátria têm relação com (i) procedimentos licitatórios e contratos públicos; e, (ii) procedimentos de investigação por parte das autoridades públicas. Assim, atualmente, as políticas de relacionamento com a Administração Pública instituídas pelas pessoas jurídicas devem tratar, também, desses ilícitos inseridos pela Lei n.º 12.846/2013 em relação à integridade corporativa.

A integridade corporativa será implementada nos termos da Lei n.º 12.846/2013 por um programa de integridade, o qual criará os controles necessários de prevenção, detecção e resposta para que o ato ilícito não seja praticado e que, se praticado, fique evidente a falta de interesse da pessoa jurídica na sua prática, ou, ao menos, falta de benefício a ela, resultando na redução de eventuais penalidades e, até mesmo, no afastamento da sua responsabilidade. A necessidade do programa de integridade é, ainda, maior em face da objetivação da responsabilidade feita por meio desta Lei, pois houve uma facilitação em se provar a responsabilidade da pessoa jurídica por ilícitos cometidos em face da Administração Pública por seus empregados e partes relacionadas, mesmo sem o elemento da responsabilidade “culpa *latu sensu*” – dolo ou culpa *strictu sensu* –, bastando a comprovação de que os atos lesivos à Administração tenham sido praticados, exclusivamente ou não, em benefício ou interesse da pessoa jurídica, provando a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre conduta e dano. Assim, cresceu para as pessoas jurídicas a importância em se adotar programas de integridade, de modo a mitigar o risco de que condutas ilícitas sejam praticadas, ou de seus efeitos.

Ao regulamentarem a Lei da Empresa Limpa, cinco Estados da federação e o Distrito Federal exigiram que, preenchidos determinados requisitos, houvesse a implementação obrigatória de programa de integridade pelas licitantes contratadas. Ademais, as “70 Medidas Contra a Corrupção” têm, em sua medida 42, a “exigência de compliance em grandes licitações: comprovação de existência de programa de integridade efetivo por meio de certificação por PJ acreditada pela CGU”, a qual, se for adotada normativamente, trará,

org.br/. Acesso em: 30 set. 2021. Quanto ao Pró-Ética, solicitaram acesso ao sistema, para o Pró-Ética 2011-2013, 170 empresas; para o Pró-Ética 2015, 97 empresas; para o Pró-Ética 2016, 195 empresas; para o Pró-Ética 2017, 375 empresas; para o Pró-Ética 2018-2019, 373 empresas; conforme dados disponibilizados pela Controladoria Geral da União. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Estatísticas*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/pro-etica-em-numeros#d>. Acesso em: 30 set. 2021.

ainda mais, coercibilidade para a integridade em contratações públicas.³ Esse contexto demonstra a necessidade de as pessoas jurídicas licitantes se preocuparem com a estruturação de programas de integridade em suas contratações públicas.

O Estatuto Jurídico da Empresa Pública trouxe, também, uma série de regras de governança e de controles internos para que as empresas públicas *strictu sensu* e as sociedades de economia mista os adotem, o que impacta, diretamente, na conduta de suas contratadas, que sofrerão, coercitivamente, exigências decorrentes dessas novas regras, as quais estão embasadas nas melhores práticas de governança corporativa: ética empresarial, transparência, prestação de contas, equidade e sustentabilidade corporativa.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, trouxe, ainda, uma modernização dos procedimentos licitatórios e de contratações públicas. Dentre as medidas adotadas, houve o incentivo e valorização de programas de integridade nas contratações públicas, como a obrigatoriedade quando o contrato for de grande vulto; e, a previsão de que a sua existência implica em critério de desempate e é considerada na aplicação das sanções administrativas.

2.1 Lei da Empresa Limpa

A Lei da Empresa Limpa, em seu artigo 9º, dispõe que a União tem competência federal e relativa aos atos lesivos praticados contra administrações públicas estrangeiras. A regulamentação da Lei na esfera federal ocorreu por meio do Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, advindo após amplas manifestações populares no dia 15 de março de 2015, que ficaram conhecidas popularmente por “panelaço”. Esse Decreto trouxe o regramento quanto aos programas de integridades em seu Capítulo IV, em que consta, no artigo 41, *caput*, o conceito do programa de integridade, no artigo 41, parágrafo primeiro, a necessidade de se adotar o programa com proporcionalidade e dinamismo, e, no artigo 42, os 16 elementos do programa.

Embora a disposição do Decreto n.º 8.420/2015 tenha sido estabelecida com o objetivo de criar parâmetros para a avaliação de programas de integridade em relação à imposição de penalidades, os 16 elementos seguem a prática internacional e, portanto, são parâmetros para as pessoas jurídicas implementarem os seus programas de integridade. Destaque-se, entretanto, que micro e pequenas empresas são isentas de alguns desses elementos, o que se fez por meio da Portaria Conjunta da Controladoria Geral da União e da Secretaria da Micro e Pequena Empresa n.º 2.279, de 09 de setembro de 2015, que dispensou os elementos desproporcionais para a pequena estrutura, nitidamente os relacionados aos terceiros, o canal de denúncia e a auditoria.

O primeiro elemento previsto no referido artigo 42 é o “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa”. O comprometimento com a integridade deve partir do topo da organização, sendo *top-down*, partindo de cima o tom para o restante da estrutura organizacional, consoante expressão em inglês: *tone at the top*. Para determinar se há o comprometimento da alta direção, verifica-se, entre outros fatores, (i) a frequência de episódios de descumprimento pela alta administração; (ii) a postura da alta administração com relação a *compliance*, como garantia de orçamento e de contato direto com o responsável pela área; e, (iii) comunicações.⁴ O grande desafio é que o comprometimento seja efetivo, e não meramente formal, inclusive em observância aos deveres fiduciários dos gestores, em especial, o dever de diligência, previsto no artigo 153 da Lei n.º 6.404/76 — Lei das S/A. Diante desse cenário, aumentam as dúvidas por parte dos gestores das condutas que devem praticar para demonstrarem que se desincumbiram do seu dever de diligência. O importante será agir com boa-fé necessária para as funções assumidas, seguindo a *business judgment rule*, por meio da qual o gestor não pode ser

³ UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴ Ver FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 7.

responsabilizado pelas decisões negociais que tomar, para isso terá que cuidar para, por exemplo, não assinar relatórios sem a devida conferência, tomar cuidado com omissões de má-fé e agir sempre que necessário.

O segundo elemento é “padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos”. Isso porque o programa de integridade para ser efetivo exige sua aplicação a todos os colaboradores da sociedade. A exceção ao programa gera descrédito, com impacto reputacional, e possibilidade de materialização do risco. Se um gestor não se submeter ao programa, poderá ser ele a praticar o ilícito, afastando a efetividade dos controles internos.

O terceiro elemento refere-se aos “padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”. Exige-se que os padrões de integridade aplicáveis à sociedade sejam, também, aplicados aos terceiros com os quais a sociedade se relaciona. Ao se exigir que os padrões de integridade sejam aplicáveis aos terceiros, tenta-se mitigar esse risco trazidos por eles para a pessoa jurídica. Trabalha-se essa exigência, geralmente, por meio de uma cláusula contratual de *compliance*, a qual deverá ser adequada e suficiente aos riscos identificados em relação ao parceiro. Cláusulas de *compliance* proforma e inadequadas para os riscos existentes no relacionamento contratado podem gerar inefetividade. Esse elemento não se aplica às micro e pequenas empresas, embora, eventualmente, elas tenham que se submeter a exigências de sociedades que tenham que cumprir o programa de integridade.

O quarto elemento é a realização de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade”. O Decreto n.º 8.420/2015 estabelece a necessidade de treinamentos periódicos de integridade, mas não se estabelecem os períodos de treinamento, tampouco que os períodos sejam os mesmos aplicáveis a todos os colaboradores. Várias circunstâncias podem levar as sociedades à adoção de diferentes soluções para os treinamentos, como a Lei n.º 13.303/16, que estabeleceu como periodicidade a realização do treinamento no momento da posse dos gestores e, posteriormente, anualmente, sob pena de o gestor que não realizar o treinamento por dois anos consecutivos não poder ser reconduzido ao cargo. A prática recorrente é o treinamento ser realizado, no mínimo, anualmente.

O quinto elemento constitui a “análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade”. Trata-se da prática de, periodicamente, reavaliar os riscos a que estão sujeitas às sociedades para fazer os ajustes necessários ao programa de integridade. A avaliação do risco exige que haja a identificação, mensuração, avaliação e monitoramento dos riscos corporativos no que tange ao relacionamento com a Administração Pública. Esse é um dos elementos que também não se aplicam às micro e pequenas empresas, mas que, se observado, poderá trazer ganhos com a adaptação necessária para enfrentar modificações ocorridas no campo organizacional em que estas empresas operam.

O sexto elemento consiste na definição de “registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica”. Esse elemento é uma tentativa de o Decreto n.º 8.420/2015 incorporar aos processos de integridade brasileiros as disposições contábeis da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* para permitir, inclusive, que haja uma verificação da possibilidade de corrupção nos negócios empresariais. A adequada escrituração contábil permite a verificação da prática do suborno, visto que ajuda a evitar o recurso não declarado — “caixa dois”.

O sétimo elemento é o estabelecimento de “controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica”. Assim como no caso do elemento anterior, previsto no artigo 42, inciso VI, do Decreto n.º 8.420/2015, houve uma incorporação aos processos de integridade brasileiros das disposições contábeis da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*. As pessoas jurídicas devem estabelecer controles internos efetivos para evitar que a contabilização ocorra com irregularidades e não se consiga verificar indícios de fraudes e ilícitos praticados.

O oitavo elemento é a definição de “procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões”. Exige-se que as pessoas jurídicas tratem de procedimentos para a participação em licitações, para a renegociação de contratos e para a sua performance. Por exemplo, definição no código de conduta de que o contato com o agente público deverá ser feito sempre por, no mínimo, dois colaboradores da pessoa jurídica; e, proibição no código de ética da concessão de qualquer benefício para autoridade pública. Em razão da necessidade de proporcionalidade dos procedimentos, o que está de certa forma previsto no artigo 41, parágrafo único, do Decreto n.º 8.420/15, pessoas jurídicas que não tenham contato tão próximo com a Administração não precisam de procedimentos tão detalhados quanto as que atuam, diretamente, com o Poder Público.

O nono elemento é “independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento”. Trata-se da exigência de que as sociedades tenham estruturas de *compliance* independentes e com autoridade, sem conflito de interesses na atribuição das funções de *compliance*, de modo a se evitar, na estrutura da pessoa jurídica que tenham condições de definir instâncias diversas, cumulações com outras funções que possam ter interesses colidentes, como as funções de *Data Protection Officer* — DPO. Esse é um dos elementos que não se aplicam às micro e pequenas empresas.

O décimo elemento refere-se à implantação de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé”. Para que um programa seja efetivo, não é suficiente que haja o treinamento e a comunicação das normas, é necessário fiscalizar. Esse elemento materializa a conduta de detecção do ilícito na sociedade, segunda conduta do programa de *compliance*. Importante que haja a possibilidade de as denúncias serem anônimas. Embora não haja disposição expressa no regulamento, os canais de denúncia normalmente implantados são (i) uma linha de comunicação telefônica; e, (ii) uma linha de comunicação por e-mail, sendo que o canal é, às vezes, administrado por terceiro, que não integra a organização e, por outras, é administrado internamente.⁵ Há, também, a possibilidade de incorporação de formulário de denúncia no próprio website da pessoa jurídica. O importante é gerar a transparência adequada quanto ao acesso ao canal e que haja, de fato, o tratamento da denúncia pela pessoa jurídica. Esse é outro dos elementos que não se aplicam às micro e pequenas empresas, embora, considerando o seu ambiente organizacional, um mecanismo simples possa já ser o suficiente para melhorar o seu programa de integridade, como uma “caixa” para recebimento das denúncias colocada no banheiro da empresa, local em que não há câmeras que permitam a identificação do denunciante.

O décimo primeiro elemento é a criação de “medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade”. Esse elemento do programa de integridade é o que lhe dá real efetividade. No caso de violações, as pessoas jurídicas devem aplicar sanções. Caso contrário, não há efetividade e o programa passa a ser um mero procedimento formal. Há, assim, a materialização da conduta de resposta, necessária para a efetividade do *compliance*.

O décimo segundo elemento é a definição de “procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados”. A efetividade de um programa de integridade está na possibilidade de evitar o descumprimento ou interromper o descumprimento e permitir a tempestiva reparação dos danos gerados, por isso é importante assegurar que se cesse o ilícito. Embora a denúncia para as autoridades não seja obrigação do particular, a previsão em sua política de *compliance* de que a denúncia será realizada quanto identificado o ilícito cometido em face da Administração ajuda a comprovar esse elemento.

⁵ FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 12.

O décimo terceiro elemento é a realização de “diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”. Trata-se da obrigação de que as sociedades façam diligências de verificação, ou *due diligences*, na sua interação com terceiros. Uma vez que os terceiros estão fora da organização, é mais fácil que ocorram violações sem que estas sejam detectadas pela sociedade. O *due diligence* de terceiros tem como objetivo, justamente, a verificação de os terceiros terem procedimentos de controle adequados, bem como a verificação da aderência às normas de integridade.⁶ Esse elemento não se aplica às micro e pequenas empresas, embora possam ter que responder a *due diligences* de parceiros de negócios.

O décimo quarto elemento é a “verificação durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas”. Trata-se da exigência de que, sempre que houver um procedimento de fusão e aquisição ou reestruturação societária, se realize, por exemplo, um *due diligence* de *compliance* para verificar se houve algum cometimento de irregularidade no passado ou a existência de vulnerabilidades. Este elemento poderá ser atendido, também, por meio da realização de auditorias nas envolvidas na operação.

O décimo quinto elemento implica o “monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei n.º 12.846/2013”. O monitoramento consiste na constante verificação do programa de integridade; se a aplicação deste programa é correta; e se tem efetividade. Como o monitoramento é possível a verificação da necessidade de adoção de ajustes e alterações. Esse é o último dos elementos que não se aplicam a micro e pequenas empresas.

O último elemento, décimo sexto, constitui a “transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos”. Atualmente, não são mais permitidas doações de pessoas jurídicas para candidatos e partidos políticos. Então, importante se ter transparência quanto ao fato de as pessoas jurídicas não doarem, prevendo essa restrição em seus regimentos normativos, como no código de ética, o que ajudará, inclusive, a que a organização recuse com maior propriedade eventuais doações solicitadas.

2.2 Nova Lei de Licitações

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe verdadeira modificação para as contratações públicas em geral no que tange à necessidade de programas de integridade pelos licitantes.

A nova Lei previu, no seu artigo 25, §4º, que, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato. Caberá a regulamentação dessa lei dispor sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Além disso, ainda previu como critério de desempate nas licitações o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridades nos termos da regulamentação, conforme artigo 60, inciso IV; que seja considerar a existência do programa de integridade na aplicação de sanções, conforme artigo 156, §1º, inciso V; e, que, para a empresa punida por violação à Lei da Empresa Limpa ou por apresentar declaração ou documentação falsa, exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato ser reabilitada, deverá implementar ou aperfeiçoar o seu programa de integridade.

⁶ FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 14.

2.3 Contratações estaduais e do Distrito Federal

A Lei da Empresa Limpa, em seu artigo 8º, dispõe sobre a competência legislativa, determinando que cada ente federativo regulamentará a Lei em sua esfera de competência. A regulamentação estadual, geralmente, segue a regulamentação federal, mantendo o Processo Administrativo de Responsabilização — PAR — como o processo administrativo sancionador para a apuração da responsabilidade administrativa e aplicação de suas sanções, definindo a competência para a instauração desse processo em razão do ente lesado, tratando do acordo de leniência e dos sujeitos competentes para a sua celebração, além de muitas regulamentações estaduais virem, às vezes, acompanhadas de outras normas, as quais trazem, por exemplo, previsão de criação ou alteração de órgãos responsáveis pela aplicação das sanções e a criação de fundos de combate à corrupção.

Ainda não regulamentaram a Lei da Empresa Limpa, no Estados do Acre, Amapá e Bahia, embora haja o Projeto de Lei n.º 22.614/17, com exigência de programa de integridade, nos Estados do Piauí, Roraima e Sergipe. Já regulamentaram a Lei, os Estados de Alagoas (Decreto n.º 48.326/2016), Ceará (Lei n.º 16.192/16: Programa Estadual de Fortalecimento ao Controle Administrativo; e, Decreto n.º 33.951, de 23/02/2021), Espírito Santo (Decreto n.º 3.956-R/2016, que regulamentou a Lei da Empresa Limpa, e Lei n.º 10.793/2017, que determinou que as empresas que firmarem contrato com a Administração Estadual deverão seguir o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e serviços), Maranhão (Decreto n.º 31.251/2015), Mato Grosso (Decreto n.º 522/2016 e Portaria 08/2016, apresentando critérios para avaliação de programas de integridade), Mato Grosso do Sul (Decreto n.º 14.890/2017), Minas Gerais (Decreto n.º 46.782/2015), Pará (Decreto n.º 2.289, de 13/12/2018), Paraíba (Decreto n.º 38.308/2018), Paraná (Decreto n.º 10.271/2014 e Lei n.º 19.857, de 29/05/2019, que instituiu o compliance público), Rio Grande do Norte (Decreto n.º 25.177/2015), Rondônia (Pacote Anticorrupção lançado em 16/04/19 e Decreto n.º 23.907/2019, regulamentando a Lei da Empresa Limpa), Santa Catarina (Decreto n.º 1.106/2017 e Lei n.º 17.715, de 23/01/2019, criando o programa de integridade e compliance da Administração Pública estadual), São Paulo (Decreto n.º 60.106/2014) e Tocantins (Decreto n.º 4.954/2013).

Já os Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Amazonas, Goiás e Pernambuco, além do Distrito Federal, regulamentaram a Lei da Empresa Limpa com uma grande novidade sendo posta: a exigência de programa de integridade para contratações públicas. Cada um desses entes previu os próprios requisitos para a exigência, os elementos que devem constar no programa de integridade, a autoridade competente para a avaliação do programa e o valor da multa em caso de descumprimento.

O Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 7.753, de 17 de outubro de 2017, inovou ao prever a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações públicas acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, ou acima de R\$ 650.000,00, para compras e serviços, desde que o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias. A contratada terá o prazo de 180 dias para a implementação do programa. Em seu artigo 4º, dispôs os elementos do programa de integridade, inovando com um novo elemento em relação ao Decreto federal n.º 8.420/2015: “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa deverá ser feita pelo gestor do contrato, que aplicará multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, a partir do dia seguinte ao termo final do prazo de 180 dias para a implementação do programa.

O Distrito Federal regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio do Decreto n.º 37.296/2016, e, depois, por meio da Lei n.º 6.112, de 02/02/2018, alterada pela Lei n.º 6.308, de 13/06/2019). Previu-se a obrigatoriedade de programa de integridade para as contratações acima de R\$5.000.000,00 (antes da alteração de 2019, o valor estava em R\$80.000,00) e contratações com prazo igual ou superior a 180 dias. Entretanto, a apresentação da comprovação do programa deve ocorrer no momento da contratação. Acrescentou-se, também, a necessidade de “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de

palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa deverá ser feita pela Administração Pública, que aplicará multa de 0,08% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, a partir do dia seguinte ao termo final do prazo de 180 dias para a implementação do programa — antes da alteração normativa de 2019, a multa era de 0,1%.

O Estado do Rio Grande do Sul regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio da Lei n.º 15.228, 25/09/2018, trazendo a obrigatoriedade de programa de integridade para contratações acima de R\$ 330.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 176.000,00 para compras e serviços, tendo o prazo de implantação de 180 dias. A análise do programa está a cargo da Administração Pública, que poderá aplicar multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, pelo descumprimento do programa de integridade imposto.

O Estado do Amazonas regulamentou a Lei federal por meio da Lei n.º 4.730, 27/12/2018, estipulando a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações acima de R\$ 3.000.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 1.430.000,00 para compras e serviços; e, para contratos com prazo igual ou superior a 180 dias, com prazo de implantação também de 180 dias. Acrescentou ao programa de integridade, em relação ao art. 42 do Decreto federal: “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa caberá a uma comissão formada por 3 membros, que poderá aplicar multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato em razão do descumprimento.

O Estado de Goiás previu, por meio da Lei n.º 18.672/2014, a obrigatoriedade de compliance público e regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio da e Lei 20.489, de 10/06/2019, que previu a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 650.000,00 para compras e serviços; desde que o contrato tenha prazo igual ou superior a 180 dias. A comprovação do programa deve ocorrer no momento da contratação, sendo que exige 11 elementos no programa de integridade, mas os quais, também, trazem a necessidade de condutas de prevenção, detecção e resposta ao ilícito. Caberá à Autoridade Pública analisar o programa e aplica multa de 0,1% dia sobre o valor atualizado do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, em razão do descumprimento.

O Estado de Pernambuco promulgou a Lei n.º 16.309/2018, que incluiu o Ministério Público nos Processos Administrativos de Responsabilização – PAR –; estipulou como obrigatório o sigilo no PAR, para assegurar a reputação da empresa; previu a necessidade de treinamentos, canal de denúncias por meio da Ouvidoria e criação de Fundo Estadual vinculado ao combate à corrupção. Posteriormente, regulamentou, especificamente, a Lei da Empresa Limpa por meio da Lei n.º 16.722, de 09/12/2019, que instituiu a obrigatoriedade de programa de integridade para contratos para obras e serviços de engenharia, a partir de 01/01/2022, acima de R\$ 10.000.000,00, e, a partir de 01/01/2024, acima de R\$ 5.000.000,00; e, para contratos para compras em geral, a partir de 01/01/2025, acima de R\$ 10.000.000,00. A implantação do programa deve ocorrer no prazo de 180 dias, cabendo a análise à Secretaria da Controladoria Geral do Estado e unidades de controle interno, que poderá aplicar multa pela não apresentação do programa, de 0,2% dia sobre o valor do contrato, limitado a 20% do valor do contrato, e, pelo não atingimento de pontuação: 0,1% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato.

3 Noções sobre os programas de integridade

A necessidade de organizações desenvolverem processos de gestão que assegure a conformidade institucional e normativa para a mitigação de riscos, constituindo um programa de compliance, remonta ao começo do século XX, nos Estados Unidos da América, quando se promulgou, em 1906, a *Food and Drugs*

Act e se criou a agência reguladora *Food and Drugs Administration – FDA*. Isso porque, com a instalação de um modelo de regulação e fiscalização do setor de comércio de medicamentos e saúde alimentar por meio dessa agência, as organizações nele inseridas precisaram adequar seus processos, criando controles internos, de modo a mitigar o risco regulatório. E, em 1913, criou-se o *Federal Reserve System – FED* – com o objetivo de conferir maior estabilidade e segurança para o sistema financeiro norte-americano, fazendo com que instituições financeiras tivessem que adequar seus controles e, com isso, reforçando a ideia de programas de *compliance*. Entretanto, a pulverização das noções de *compliance* se iniciou na década de 70, com o “caso Watergate”, com a busca de combate ao crime de organização e ao tráfico de drogas internacional e promulgação da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*.

Um programa de integridade, eventualmente elaborado pela pessoa jurídica, ou outro instrumento qualquer nesse sentido, como um programa de *compliance*, tem como suporte estrutural a governança corporativa, sem olvidar de mecanismos de controle interno que efetivamente demonstrem a eficácia do programa implantado. Importante destacar que não basta a elaboração de normas organizacionais, sendo imprescindível que se confira efetividade a sua aplicação, observando os pilares das melhores práticas de governança corporativa — transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa — e a efetividade dos mecanismos adotados. É importante a definição de regras, o gerenciamento dos riscos, o estabelecimento de planos de contingência, a atenção para a relação desenvolvida nas redes sociais, mas deve-se estar, também, *compliance*, ou seja, em conformidade com o conjunto normativo ao qual a organização se submete, garantindo, assim, a efetividade da política estratégica adotada. As regras precisam ser efetivadas tanto no plano da governança horizontal, em que se tem os colaboradores, quanto da governança vertical, em que há diferentes níveis hierárquicos e administrativos.

A inobservância de regras de governança corporativa causa problemas de coordenação e controle, mas que não se resumem às questões relacionadas à separação entre propriedade e controle, incluindo, também, problemas relacionados aos contratos entre os agentes econômicos, o que se denomina por governança contratual,⁷ uma vertente da governança corporativa. A falta de efetividade da governança contratual demanda a análise da abrangência do conceito de contrato, visto que a firma não pode mais ser considerada como um “feixe de contratos”,⁸ havendo muito mais do que apenas elementos endógenos nas relações corporativas. Deve-se considerar o relacionamento intersubjetivo e o processo cognitivo, sob o enfoque da teoria dos contratos relacionais, visto existir uma organização coletiva individual, a qual está suscetível ao risco do oportunismo auto interessado. Para se chegar à efetividade de práticas que assegurem os interesses corporativos, é preciso se entender o modo como as relações humanas influenciam as relações contratuais que formam a firma, afinal, como ensina Watts e Zimmerman,⁹ a firma é composta por indivíduos com contratos com uma entidade legal. O processo cognitivo dos atores envolvidos e as relações intersubjetivas desenvolvidas entre esses atores, no ambiente institucional, influenciam o modo como as regras contratuais são efetivadas, sendo possível que outras instituições se sobressaiam às normas em decorrência de aspectos não contratuais.

Diante desse cenário, é importante a avaliação do processo cognitivo e das relações intersubjetivas no ciclo de vida dos contratos, inclusive dos contratos administrativos — desde a negociação até a fase pós-contratual —, o que é importante, também, para se efetivar o *compliance* e para a adequada aplicação da governança corporativa. Ademais, os impactos econômicos que esses comportamentos relacionais causam nos contratos devem ser avaliados, de modo a se chegar aos custos de transação.

Apenas contratos, regras, leis e normas não resolvem os problemas organizacionais. Os principais problemas existentes nos processos organizacionais são de inefetividade das regras formais (falta de *compliance*),

⁷ KESTER, W. C. Industrial groups as systems of contractualgovernança. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 8, n. 3, p. 24-44, 1992.

⁸ COASE, R. H. The nature of the firm: 1937. In: WILLIAMSON, O.; WINTER, S. (ed.). *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁹ WATTS, Ross L.; ZIMMERMAN, Jerold L. *Positive accounting theory*. New Jersey: Prentice Hall, 1986.

muitas vezes em razão das instituições que estão influenciando os atores envolvidos; de panpropriedade do problema, resultante do *decoupling* ocasionado pela inefetividade da normatização corporativa;¹⁰ e, de cultura organizacional, também em razão das instituições envolvidas. Esses problemas demonstram a necessidade de uma avaliação exógena do contrato para que sejam atingidos os interesses corporativos. Os contratos formais devem ser interpretados em conjunto com os contratos relacionais.

Diante da complexa rede de atores envolvidos, no mercado e no desenvolvimento da atividade econômica empresarial, e de novos paradigmas quanto às instituições, cabe às organizações analisarem e interpretar o cenário em que se encontram; inclusive, avaliando as políticas de regulação do mercado em que inseridas (como a Lei da Empresa Limpa e seus regulamentos) e como essa ordem afeta os contratos relacionais, indo além de analisar tão somente as cláusulas contratuais formais, visto que as normas informais também possuem força normativa e aptidão para modificar a realidade.¹¹

É importante advertir, contudo, que os instrumentos estrategicamente estruturados precisam ter coerência com o porte da organização e dos contratos celebrados, não podendo inviabilizar o negócio. Os custos para desenvolver instrumentos que insiram a firma na normativa regulatória — legal e principiológica — precisam ser considerados para não se inviabilizar a própria operação da empresa. É preciso estudar a dimensão das práticas a serem adotadas, pois a governança corporativa ajudará a corporação apenas se estiver dentro de padrões econômicos e operacionais, de forma a não inviabilizar as suas operações, visto que o objetivo principal da firma é o lucro, e não outro qualquer objetivo colocado pelo arcabouço social, como sustentabilidade. Por isso, importante analisar e adotar como parâmetro o isomorfismo existente entre as corporações presentes no mercado, permitindo-se que se chegue a um padrão praticável de ferramentas de governança, sem gerar gastos acima do que o setor comporta na formulação dos seus custos de transação.

Portanto, nesse iter procedimental a ser desenvolvido pelas organizações empresariais, é importante entender quais as instituições influem na organização, bem como ter clara ideia da equivalência estrutural existente, analisando os campos organizacional e inter-organizacional, além do crescente isomorfismo das organizações. Possibilita-se, assim, a criação das necessárias regras comportamentais e, se possível, de modelos de governança corporativa que atendam às exigências operacionais e estruturais da organização, além das exigências legais regulatórias, principalmente, em decorrência das recentes alterações no cenário empresarial no que tange à regulação da defesa contra a corrupção, que se iniciou com a Lei Anticorrupção Empresarial, Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013, e suas respectivas regulamentações nas esferas estaduais e municipais.

Com essa abordagem, viabiliza-se a máxima eficiência, adequando-se a realidade operacional da organização ao mercado econômico, incluindo a integração de todos os envolvidos no processo, como os próprios trabalhadores, lutando contra a panpropriedade do problema e, também, contra a própria cultura intrínseca e inerente aos atores envolvidos. O aprofundamento no desenvolvimento de regras de governança a partir de um maior entendimento do cenário institucional possibilita que meras técnicas passem a ter significado de filosofia para os envolvidos, conferindo efetividade às ações adotadas. Regras complexas, rígidas e financeiramente custosas podem inviabilizar a operação da atividade econômica ou, até mesmo, não gerar a necessária adesão pelos envolvidos e, conseqüentemente, resultando em seu insucesso. Por outro lado, regras exacerbadamente flexíveis podem, simplesmente, ser insuficientes para o atendimento das normas legais regulatórias. É preciso, portanto, encontrar as regras adequadas e que gerem a aderência dos atores.

Instrumentos com gastos relativamente baixos, mas sem resultados efetivos, serão meras despesas para a organização, sem atingir ao desejado, e inúteis. O fato de haver investimento em códigos, regulamentos

¹⁰ KRENN, Mario. Understanding decoupling in response to corporate governance reform pressures: the case of codes of good corporate governance. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, v. 23, n. 4, p. 369-382, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1108/JFRC-04-2014-0019>.

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

e procedimentos não significa que há efetividade do programa de integridade implementado. Se há mecanismos de auditoria para verificar se não há retirada indevida de recursos de caixa, mas essa auditoria não identifica perdas, é ferramenta inócua, que também gerará a desconfiança dos “shareholders” e “stakeholders” e, conseqüentemente, a dificuldade em captação de investimentos, podendo, também, ocasionar a perda do valor da organização no mercado. Conforme Rabelo e Silveira, o ideal seria reduzir os custos de transação por meio de sistema de governança corporativa e, em conjunto, reduzir os custos de transação por meio de um sistema de governança contratual.¹²

Para Furtado (2015), toda essa promoção da cultura ética e de integridade deve ser constantemente monitorada, objetivando analisar a sua efetividade e adotar medidas corretivas caso necessário. Segundo Manske, um programa de integridade eficaz deve partir da decisão de empenho da alta direção, ou seja, o “tom que guia a companhia” vem do seu presidente, diretores, administradores, gestores, gerentes, coordenadores.¹³ O exemplo deve vir dos que estiverem no comando, evidenciando o engajamento com o comportamento ético e íntegro. Para Giovanini (2014), o comprometimento da alta direção foi previsto como o primeiro dos cinco pilares de um programa de *compliance*, considerando que “o apoio da alta direção da empresa é condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do programa”.

3.1 O programa de integridade para A CGU

Segundo a Controladoria Geral da União — CGU —, há cinco pilares interdependentes nos programas de integridade (CGU, 2015): comprometimento e apoio da alta direção; instância responsável pelo programa de integridade; análise de perfil e riscos, estruturação das regras e instrumentos; e, estratégias de monitoramento contínuo.

O primeiro é o comprometimento e apoio da alta direção. O apoio da alta direção da pessoa jurídica é condição imperativa e constante para fomentar uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do programa de integridade. O comprometimento da alta direção com a integridade nas relações público-privadas e, por conseguinte, com o programa de integridade, é o fundamento para a criação de uma cultura organizacional na qual colaboradores e terceiros — entendendo-se por terceiros aqueles que podem agir no interesse ou em benefício da pessoa jurídica, gerando a responsabilização no âmbito da Lei n.º 12.846/2013, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados — efetivamente prezem por uma conduta ética. Possui pouco ou nenhum valor prático um programa que não seja amparado pela alta direção. Níveis hierárquicos mais elevados, ocupantes de cargos com alto poder de decisão em nível estratégico e, até mesmo, o conselho de administração, se houver, devem se comprometer com a efetividade do programa. A ausência de compromisso da alta direção resulta no descomprometimento dos demais colaboradores, fazendo com que o programa de integridade exista, apenas, formalmente.

O segundo é a instância responsável pelo programa de integridade. Segundo Fonseca, qualquer que seja a instância responsável, ela deve ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para o pleno funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao mais alto corpo decisório da empresa.¹⁴ Para assegurar que essa instância traga as condições para colocar o Programa em prática, é importante a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos apropriados.

¹² RABELO, Flavio; SILVEIRA, José Maria da. *Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na direção da integração entre as dimensões competitivas e financeiras*. Texto para Discussão n. 77. Campinas: IE/UNICAMP, jul. 1999.

¹³ MANSKE, Julio Max. *Compliance anticorrupção programa de integridade: política de contratação de terceiros*. Disponível em: <http://phmp.com.br/artigos/complianceanticorrupcao-programa-de-integridade-politica-decontratacao-de-terceiros/>. Acesso em: 1 nov. 2017.

¹⁴ FONSECA, L. P. *Programa de integridade para as empresas*. Disponível em: <http://fonsecasantosadvogados.com/site/caso/id/16/titulo/Programa-de-Integridade-para-empresas>. Acesso em: 03 mar. 2017.

O terceiro é a análise de perfil e riscos — *risk assessment*. A empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional, identificar sua área de atuação e principais parceiros de negócio, seu nível de interação com o setor público — nacional ou estrangeiro — e, por conseguinte, avaliar os riscos para o cometimento dos atos lesivos da Lei n.º 12.846/2013. Além de analisar o perfil da pessoa jurídica, a estrutura de um programa de integridade depende, de igual modo, de uma avaliação de riscos que considere as características dos mercados onde atue, como cultura local, nível de regulação estatal e histórico de corrupção. Tal avaliação deve considerar, em especial, a possibilidade de ocorrência de fraudes e corrupção, inclusive relacionadas a licitações públicas e contratos administrativos, e o impacto desses atos lesivos nas operações da pessoa jurídica. Baseando-se nos riscos identificados, serão desenvolvidos regras, políticas e procedimentos para prevenir, detectar e responder a ocorrência dos atos indesejados.

O quarto é a estruturação das regras e instrumentos. Com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, deve-se organizar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou *red flags*; canais de denúncia; mecanismos de proteção ao denunciante); definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação. Para uma ampla e efetiva divulgação do programa de integridade, deve-se, também, elaborar plano de comunicação e treinamento com estratégias exclusivas para os diversos públicos da pessoa jurídica.

O quinto são as estratégias de monitoramento contínuo. É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do programa de integridade aos processos de operação da pessoa jurídica e criar mecanismos para que as deficiências encontradas em qualquer área possam, continuamente, fornecer subsídios para o seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir também que o programa de integridade seja parte da rotina da organização e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro. Segundo a CGU, a pessoa jurídica deve elaborar um plano de monitoramento para verificar a efetiva implementação do programa de integridade e possibilitar a identificação de pontos falhos que possam ensejar correções e aprimoramentos.¹⁵ Um monitoramento contínuo do programa também permite que haja a resposta tempestiva a quaisquer riscos novos que tenham surgido e que sejam relevantes, com probabilidade e impacto que justifiquem o seu tratamento.

Não se pode negar que as punições e requisições estabelecidas na Lei da Empresa Limpa fizeram emergir importantes reflexões acerca do desempenho das pessoas jurídicas no combate à corrupção. Entretanto, mais do que impedir possíveis aplicações de sanções, as pessoas jurídicas devem perceber que investir em integridade beneficia o próprio negócio, independentemente de qualquer tipo de responsabilização. Cada vez mais, o mercado valoriza quem tem compromisso com a integridade, tendo, essas pessoas jurídicas, vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes e critérios diferenciados na contratação de investimentos, créditos ou financiamentos. Pensar em um ambiente de negócios íntegro permite evoluir para um mercado em que características éticas das pessoas jurídicas torna-se um diferencial estratégico e competitivo.

4 Considerações finais

Na medida em que as empresas devem buscar relações lícitas em todos os seus relacionamentos e fazer cessar desvios, cresce a necessidade da adoção de um programa de compliance efetivo. Sem uma mudança da cultura organizacional, no entanto, o programa de compliance pode não atingir a sua finalidade. Assim, a efetivação da conformidade normativa passa pelo processo de referência institucional dos indivíduos envol-

¹⁵ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Programa de integridade. *Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015.

vidos, que precisam parar de vangloriar desvios e valorizar a correção. Por isso, há um processo de pressão de institucionalização do compliance. Esse processo constitui um mecanismo de governança corporativa.

Entretanto, mesmo diante das dificuldades, há uma nítida necessidade de instituição e aprimoramento do programa de *compliance*, especialmente a respeito de relacionamento com a Administração Pública, o que exigirá o programa de integridade. A instituição desse programa é um investimento necessário nos dias atuais e que promove um ambiente ético, transparente, íntegro e probo. Nesse sentido, vale a citação do ex-procurador adjunto do Departamento de Justiça norte-americano Paul McNulty: “If you think compliance is expensive, try non-compliance”. No vernáculo, seria dizer que se você acha que estar em conformidade é caro, tente não estar.¹⁶ Isso porque, no atual ambiente, o não estar em conformidade traz sérias consequências de responsabilização para as pessoas jurídicas.

Referências

COASE, R. H. The nature of the firm: 1937. In: WILLIAMSON, O.; WINTER, S. (ed.). *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Estatísticas*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/pro-etica-em-numeros#d>. Acesso em: 30 set. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Programa de integridade. *Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015.

FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

FONSECA, L. P. *Programa de integridade para as empresas*. Disponível em: <http://fonsecasantosadvogados.com/site/caso/id/16/titulo/Programa-de-Integridade-para-empresas>. Acesso em: 03 mar. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Evolução do arcabouço regulatório de governança corporativa*. 2018. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23981>. Acesso em: 30 set. 2021.

KESTER, W. C. Industrial groups as systems of contractualgovernança. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 8, n. 3, p. 24-44, 1992.

KPMG. *Pesquisa maturidade do compliance no Brasil*. 2017/2018. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/KPMG_pesquisa_maturidade_do_compliance_3ed_2018.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

KRENN, Mario. Understanding decoupling in response to corporate governance reform pressures: the case of codes of good corporate governance. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, v. 23, n. 4, p. 369-382, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1108/JFRC-04-2014-0019>.

MANSKE, Julio Max. *Compliance anticorrupção programa de integridade: política de contratação de terceiros*. Disponível em: <http://phmp.com.br/artigos/complianceanticorrupcao-programa-de-integridade-politica-decontratacao-de-terceiros/>. Acesso em: 1 nov. 2017.

¹⁶ KPMG. *Pesquisa maturidade do compliance no Brasil*. 2017/2018. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/KPMG_pesquisa_maturidade_do_compliance_3ed_2018.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

RABELO, Flavio; SILVEIRA, José Maria da. *Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na direção da integração entre as dimensões competitivas e financeiras*. Texto para Discussão n. 77. Campinas: IE/UNICAMP, jul. 1999.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

WATTS, Ross L.; ZIMMERMAN, Jerold L. *Positive accounting theory*. New Jersey: Prentice Hall, 1986.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.