



André Braga: A exigência de programa de integridade em licitações

A partir da edição da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), as empresas privadas passaram a ter um forte incentivo para a adoção de programas de integridade, voltados para a prevenção, detecção e remediação de práticas lesivas contra a administração pública.

Esse incentivo decorre de seu artigo 7º, VIII, que permite que a existência de mecanismos internos de integridade seja levada em consideração, como elemento mitigador, na dosimetria da sanção a ser aplicada à empresa responsável pelo ato lesivo.

Embora a sistemática consagrada pela Lei Anticorrupção não estipule a implementação obrigatória de programas de integridade, fato é que, desde 2013, novas normas jurídicas trataram de fomentá-los e, em certos contextos, exigiram-nos.

A Lei 13.303/2016, por exemplo, determina que empresas estatais implementem, sob a supervisão dos respectivos conselhos de administração, sistemas de controle interno para a prevenção e mitigação de riscos, inclusive os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude.

No campo específico da regulação bancária, o Conselho Monetário Nacional exige, por meio da Resolução 4.595/2017, que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central implementem e mantenham política de *compliance* compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição.

Além disso, na esteira de graves casos de corrupção, diversas empresas brasileiras, como Embraer e Odebrecht, concordaram, perante o Ministério Público Federal e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em criar sofisticados programas de integridade, inclusive com a presença de monitores externos no cotidiano dessas empresas.

Aos poucos, o tema também adentra a seara das contratações públicas.

No estado do Rio de Janeiro, a Lei 7.753, de 17 de outubro de 2017, estabeleceu a exigência de programa de integridade às empresas que celebrarem contrato administrativo cujos valores sejam superiores a R\$ 1,5 milhão, para obras e serviços de engenharia, e R\$ 650 mil, para compras e demais serviços, desde que, nos dois casos, o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias.

Pelo regime descrito na lei fluminense, a existência de um programa de integridade não precisa ser efetivamente comprovada na fase de habilitação da licitação ou contratação direta, bastando que o particular apresente, no momento da contratação, declaração contendo informações a respeito (artigo 10).

Somente após a contratação é que o gestor fiscalizará a implementação do programa de integridade. Se não implementado, fica a contratada sujeita ao pagamento de multa de 0,02%, por dia, incidente sobre o valor do contrato, até o limite de 10%, além de se tornar impedida de celebrar outros contratos com os órgãos e entidades do estado do Rio de Janeiro até que o programa de integridade seja criado (artigos 6º e 8º).



O Distrito Federal também disciplinou o tema na Lei 6.112, de 2 de fevereiro de 2018, que tornou obrigatória, em certos casos, a adoção de programa de integridade por parte das empresas contratadas.

As leis do Distrito Federal e do Rio de Janeiro são bastante semelhantes, inclusive em sua redação. No entanto, três diferenças merecem destaque.

Em primeiro lugar, é diferente o valor de contrato a partir do qual o programa de integridade será exigido. No Rio de Janeiro, como visto, o valor estimado do contrato deve ser superior a R\$ 1,5 milhão, para obras e serviços de engenharia, e R\$ 650 mil, para compras e demais serviços. No Distrito Federal, deve ser igual ou superior a R\$ 80 mil.

Em segundo lugar, há um detalhamento maior, na lei distrital, das diferentes formas pelas quais a contratada poderá comprovar a existência de seu programa de integridade, tais como documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais e fotografias, entre outros (artigo 7º, parágrafo 2º).

Uma terceira diferença reside na presença, na lei distrital, de dispositivo que prescreve que um programa de integridade “meramente formal” e “absolutamente ineficaz” não será considerado para fins de comprovação dos requisitos necessários para a contratação (artigo 7º, parágrafo 4º).

A partir dessa breve síntese sobre as duas leis estaduais, percebe-se que a aplicação de ambas resultará em custos significativos, tanto para o ente público contratante como para o universo de empresas privadas que lhe fornecem bens e serviços.

Servidores precisarão ser treinados para avaliar a adequação dos programas de integridade. A fiscalização do contrato ganhará em complexidade, o que pode gerar novas situações de litígio entre o particular e a administração pública ou entre esta e os órgãos de controle competentes. Este último ponto, referente à litigiosidade latente em torno da questão, ganha especial relevo nas contratações públicas feitas no Distrito Federal, no âmbito das quais será preciso apresentar um programa de integridade efetivo — e não “meramente formal”.

O particular, obviamente, ao adotar medidas para a implantação do programa de integridade, como a contratação de consultoria especializada, também incorrerá em custos, inclusive os necessários para a comprovação documental de que seu programa de integridade é “efetivo”.

Some-se a isso o fato de que a burocracia gerada com tais exigências demandará maior número de interações entre a empresa contratada e o fiscal do contrato, terreno fértil para o surgimento de corrupção. Poderá funcionar, ainda, como barreira à entrada de bons e íntegros fornecedores, inibindo a competição.

Essas são ressalvas que, a nosso ver, devem ser analisadas com bastante cuidado no debate sobre a possibilidade de se exigir, em licitações de grande vulto do governo federal, a presença de programa de integridade como requisito de habilitação.

As ressalvas continuam válidas ainda que se cogite da participação de empresas privadas certificadoras,



eis que o custo da análise e fiscalização do programa apenas seria transferido de um fiscal público para um particular — custo esse que provavelmente seria menor, é verdade, em razão da maior eficiência da certificadora privada, mas que continuaria existindo. A participação de empresas certificadoras tampouco eliminaria o risco de litígios envolvendo licitantes, entes contratantes e órgãos de controle. Isso porque os parâmetros normativos a serem utilizados pelas certificadoras — normas técnicas emitidas pela ISO, provavelmente — são regras como outras quaisquer, que geram dúvidas e interpretações diversas.

Portanto, a exigência geral e indiscriminada de adoção de programa de integridade por parte de empresas contratadas pelo governo federal, ainda que se estabeleça um critério de corte baseado em determinado valor contratual, trará custos certos e benefícios incertos.

Quanto a esse aspecto, vale destacar que, no atual estágio do debate, nem mesmo os profissionais de *compliance* do setor privado têm certeza sobre os benefícios concretos que o programa de integridade traz para as suas empresas[1].

Nesse cenário, é preciso que a discussão considere dois pontos.

O primeiro envolve o acompanhamento e, se possível, a mensuração dos efeitos da aplicação das leis estaduais ou municipais que já exigem ou que venham a exigir o programa de integridade como pré-requisito para contratação. Aqui, mostram-se relevantes perguntas do seguinte tipo: quais foram os custos de fiscalização do programa de integridade? Surgiram conflitos entre o particular e o poder público em torno dos elementos que caracterizam um programa de integridade efetivo? A exigência do programa diminuiu o número de participantes nas licitações? O número de falhas na execução dos contratos diminuiu? Alguma empresa contratada praticou ato lesivo, mesmo possuindo programa de integridade? Os estados e municípios que passaram a exigí-lo apresentaram avanços no combate à corrupção se comparados aos estados e municípios que não o fizeram?

Respondidas pelo menos algumas dessas perguntas, será possível analisar, com maior racionalidade, as eventuais vantagens da obrigatoriedade de programas de integridade nas contratações do governo federal.

O outro ponto a ser explorado relaciona-se com as experiências conduzidas por algumas empresas estatais, notadamente Petrobras[2] e Eletrobras[3], que criaram políticas internas que permitem, dependendo do contexto e dos riscos da contratação, uma avaliação mais detalhada do programa de integridade de seus licitantes ou contratados.

Na Eletrobras, conforme regulamento, em licitações de grande vulto, de alta complexidade técnica ou de riscos elevados, a homologação deve ser antecedida de análise de integridade promovida pela Diretoria de *Compliance*.

Na Petrobras, criou-se metodologia de avaliação de riscos que permite aferir, segundo certas variáveis, o grau de integridade dos participantes de uma licitação. Se o risco for alto, a Petrobras pode adotar providências, inclusive desclassificar o licitante.

Nos dois casos, tem-se uma abordagem mais flexível, em que o ente contratante detém autonomia para definir as hipóteses em que é vantajoso, à luz de uma análise de custos e benefícios, aprofundar o exame



dos mecanismos de integridade de licitante ou contratado. Trata-se de alternativa mais promissora, que tende a evitar o desperdício de recursos públicos e privados. Além disso, normatizar a questão em nível nacional neste momento inibirá o surgimento de inovações em empresas estatais, estados e municípios, dificultando a compreensão das práticas que verdadeiramente trazem benefícios.

[1] GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance*. William & Mary Law Review, v. 57, n. 6, 2016. Em especial, ver p. 2.105 e seguintes.

[2] Ver Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção, disponível em:

<https://contratacao.petrobras.com.br/o-funcionamento-de-uma-licitacao/conteudo-do-edital>

[3] Ver Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras, disponível em:

http://eletrobras.com/pt/GestaoeGovernancaCorporativa/Estatutos_politicas_manuais/Regulamento_de_Li

Date Created

21/04/2018