

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA-UFU
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

**GOVERNANÇA PÚBLICA E *COMPLIANCE*: os novos caminhos das contratações
públicas**

Uberlândia - MG

2019

MURILO MOREIRA MARTINS

**GOVERNANÇA PÚBLICA E *COMPLIANCE*: os novos caminhos das contratações
públicas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia-MG, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Professor orientador: Dr. Ricardo Padovini Pleti Ferreira.

Banca examinadora: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins e Prof. Dr. Almir Garcia Fernandes.

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Linha de Pesquisa 2: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais.

Uberlândia - MG

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M386g
2019 Martins, Murilo Moreira, 1990-
Governança pública e Compliance [recurso eletrônico] : os novos caminhos das contratações públicas / Murilo Moreira Martins. - 2019.

Orientador: Ricardo Padovini Pleti Ferreira.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2019.689>
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Governança - Brasil. 3. Administração pública - Brasil.
4. Servidores públicos - Administração de pessoal. I. Ferreira, Ricardo Padovini Pleti, 1980-, (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ATA DE DEFESA

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 125, PPGDI				
Data:	Quatorze de junho de dois mil e dezenove	Hora de início:	16:00	Hora de encerramento:	18:00
Matrícula do Discente:	11712DIR010				
Nome do Discente:	Murilo Moreira Martins				
Título do Trabalho:	GOVERNANÇA PÚBLICA E <i>COMPLIANCE</i> : OS NOVOS CAMINHOS DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se no Anfiteatro ESAJUP, bloco 5V, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Almir Garcia Fernandes - UNIARAXÁ; Fernando Rodrigues Martins - UFU; Ricardo Padovini Pleti Ferreira - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Ricardo Padovini Pleti Ferreira, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Padovini Pleti Ferreira, Professor(a) do Magistério Superior**, em 14/06/2019, às 17:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Rodrigues Martins, Membro de Comissão**, em 16/06/2019, às 11:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Almir Garcia Fernandes, Usuário Externo**, em 17/06/2019, às 13:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1323332** e o código CRC **CD9EF7E4**.

MURILO MOREIRA MARTINS

**GOVERNANÇA PÚBLICA E *COMPLIANCE*: os novos caminhos das contratações
públicas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia-MG, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti Ferreira.
Universidade Federal de Uberlândia (Orientador)

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins.
Universidade Federal de Uberlândia (Examinador)

Prof. Dr. Almir Garcia Fernandes
Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG (Examinador externo)

Uberlândia/MG, 24 de maio de 2019.

AGRADECIMENTO

O término e a defesa dessa dissertação representam a concretização de um sonho. Um sonho que não foi sonhado sozinho, pois, antes de mim, Deus abençoou e permitiu que ele se realizasse. Os sonhos de Deus são sempre maiores e melhores que os meus. A Sua vontade tem coincidido muito com a minha, o que me leva a agradecer sempre.

O sonho de me tornar mestre em Direito, em uma universidade pública, representa a concretização de um projeto de família e de futuro. Meus amados pais, Iridon e Nalva, sempre acreditaram e lutaram para que seus filhos fossem homens de bem, honestos e, principalmente, que construíssem as suas trajetórias por meio do esforço pessoal e da educação.

É fácil correr atrás de nossos sonhos quando sabemos que sempre há um lar a nos esperar, que de lá (Fazenda Barreiro) sempre vêm as melhores e mais poderosas orações e, que mesmo de longe, se é todos os dias abençoado. Obrigado, pai e mãe, por tudo que fazem por mim e pelos meus irmãos! Hoje, posso afirmar, seguramente, que o projeto de família deu certo.

Muller e Matheus, os meus companheiros de vida, irmãos de sangue, sou muito orgulhoso do caminho que seguimos e das bases que construimos. Agora, oficialmente, somos os três mestres.

Quando o sonho da aprovação da árdua seleção do mestrado da UFU se tornou realidade era preciso partir para o lado prático das coisas. Era necessário conciliar as aulas em Uberlândia, as viagens semanais e o trabalho em Itumbiara.

Nessa nova logística, no ano de 2017, fui acolhido semanalmente, em Uberlândia, com todo amor por minha avó Dalva e por minha madrinha Ilandê. Dois anjos da minha vida. Agradeço pela tão afetuosa acolhida e por todo carinho que sempre dispensaram a mim.

Em Uberlândia as coisas estavam resolvidas. Em Itumbiara ainda não. Era preciso conciliar meus horários, era preciso conciliar funções e, muitas das vezes, era preciso estar nos dois lugares ao mesmo tempo. Mas, como sempre em minha vida, eu estava cercado de pessoas especiais e tudo daria certo.

Agradeço de forma muito especial e afetuosa, a pessoa do Dr. Reuder Cavalcante Motta, meu eterno chefe, por tudo que representa em minha vida profissional e acadêmica. Desde o primeiro momento, na elaboração do meu primeiro projeto de pesquisa, ele esteve ao meu lado, acreditando no meu potencial e no meu sonho. Depois que veio a aprovação e o início das aulas,

permitiu que eu organizasse os meus horários de trabalho como bem entendesse, de modo que a prioridade fosse o cumprimento dos créditos do mestrado. Por fim, me emprestou sua magnífica biblioteca, o que me permitiu uma considerável economia com a aquisição de livros e o acesso a um precioso acervo. Obrigado, Dr. Reuder, por acreditar em mim, inclusive, quando eu mesmo não acreditava.

Também me cabe agradecer aos demais servidores do Ministério Público de Goiás que, muitas das vezes, suprimiram a minha ausência e deram continuidade ao trabalho sem mim. Em especial, agradeço à Taís e Franciscália por tudo que sempre fizeram na minha ausência. Ainda bem que nossa amizade ultrapassou as paredes do MP, sorte a minha que tenho vocês duas ao meu lado.

Iniciadas as aulas do mestrado, tive a honra de conhecer 13 pessoas sensacionais, os colegas da memorável Turma 9 (Jaqueline, Lucas, Antônio, Carlos, Tatiane, Ana Raquel, Wagner, Daniel, Gabriel, Michel, Renato, Naiara e Fernando). Foram discussões acaloradas, muitos seminários, apresentações, meditação, cafés e, principalmente, troca de conhecimento. A caminhada foi muito mais leve e divertida com vocês ao meu lado. Foi bom aprender com vocês!

Amigos da “Linha 03”, Naiara e Renato, como foi divertida a convivência com vocês dois ao longo do ano de 2017. Muitas horas de espera entre uma aula e outra sempre davam lugar as mais divertidas histórias, as mais sinceras críticas e aos projetos infalíveis de uma vida fitness.

Daniel, Gabriel, Michel e Lucas, o quarteto da viola e das resenhas, amigos que pretendo levar para a vida inteira. Vocês, além de violeiros, são grandes profissionais. Acredito muito no sucesso de vocês!!

Eterna gratidão à Jaqueline pelo cuidado e atenção que teve ao revisar o meu trabalho.

Agradeço aos professores e servidores da UFU, por todo o comprometimento e conhecimento compartilhado, em especial: Prof. Fernando, Prof. Keila, Prof. João Vitor, Prof. Goiabeira, Prof. Dennys, Prof. Beatriz, Prof. Débora, Prof. Helvécio e Rafael.

Professora Cândice merece um agradecimento especial, pois além de professora tornou-se uma grande amiga e conselheira.

Agradeço ao Professor Ricardo Pleti por aceitar a orientação da minha pesquisa e pela paciência que sempre teve comigo.

Finalmente, agradeço à Universidade Federal de Uberlândia, por tão bem me receber. Levarei, orgulhosamente, o seu nome em meu currículo.

Em tempo, agradeço aos meus alunos, por tanto me inspirarem a ser cada dia melhor.

Concluo, afirmando que a gratidão é a base de todos os sentimentos. Quem é grato reconhece todos os demais sentimentos que lhe são dados.

“Os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como nós mesmos devemos viver”. DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

RESUMO

A presente pesquisa se dispõe a discorrer sobre a exigência de técnicas de governança e a aplicação de programas de *compliance* no âmbito das contratações públicas brasileiras. Buscou-se uma abordagem sobre a importância da implementação de programas de *compliance* como um novo valor que passa a reger toda a Nova Administração Pública e principalmente as contratações públicas. A análise passa, ainda, pelas orientações internacionais de combate à corrupção e pelas principais legislações nacionais que tratam sobre o tema. O objetivo é trazer maior clareza sobre os elementos necessários para que um programa de *compliance* seja considerado eficiente. A institucionalização dos programas de *compliance* empresarial configura uma das maiores e mais contundentes mudanças culturais hoje em fase avançada de expansão no âmbito dos negócios privados e públicos no Brasil. A adoção de métodos e técnicas de gestão de riscos e de prevenção de práticas fraudulentas passou a ser a principal preocupação de práticas empresariais, alcançando o espaço das leis e políticas públicas especialmente voltadas à prevenção, ao combate e à responsabilização da corrupção nas contratações públicas. A pesquisa visa despertar para a necessidade de se assumir uma postura proativa anticorrupção nas tratativas cotidianas entre o setor público e o privado. Tudo isso atrelado ao novo modelo do Direito Administrativo brasileiro voltado, cada vez mais, à proteção da pessoa humana e a efetivação do direito fundamental a boa administração.

Palavras-chaves: Boa Administração; Governança; *Compliance*; Contratação pública.

ABSTRACT

This research is available to discuss the need for governance techniques and the application of compliance programs in the scope of Brazilian public contracting. An approach was sought on the importance of the implementation of compliance programs as a new value that goes to govern all the New Public Administration and mainly the public hirings. The analysis also goes through the international guidelines on anti-corruption and the main national legislations dealing with this issue. The objective is to bring greater clarity to the elements needed for a compliance program to be considered efficient. The institutionalization of corporate compliance programs constitutes one of the largest and most forceful cultural changes today in an advanced stage of expansion in the scope of private and public business in Brazil. The adoption of methods and techniques for risk management and prevention of fraudulent practices became the main concern of business practices, reaching the space of laws and public policies especially aimed at preventing, combating and making corruption accountable in public contracting. The research aims to awaken to the need to take a proactive anticorruption stance in the daily dealings between the public and private sectors. All this is linked to the new model of Brazilian Administrative Law, which is increasingly directed towards the protection of the human person and the realization of the fundamental right to good administration.

Keywords: Good Administration; Governance; Compliance; Public procurement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CPC- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LAC- LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

MPF- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

OEА – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

ODCE- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
ECONÓMICO

ONU- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

PF- POLÍCIA FEDERAL

STF- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

SUMÁRIO

01 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO.....	18
1.1 As linhas de transformação da administração pública	18
1.2 A constitucionalização do direito administrativo.	23
1.2.1 As contratações públicas sob o novo modelo constitucional/administrativo. ...	29
1.2.2 Os reflexos da Lei 13.655/18 na seara do direito administrativo.	35
1.3 O direito fundamental à boa administração pública.....	41
1.3.1 O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração.	47
1.4 A abertura do direito administrativo para a governança pública	50
02 GOVERNANÇA E COMPLIANCE.	54
2.1 Governança corporativa	54
2.1.1 - Princípios básicos de governança	57
2.2 Governança pública.....	60
2.3 Governança e programas de <i>compliance</i>	64
2.4 Importância e elementos essenciais dos programas de <i>compliance</i>.	70
2.5 Diretrizes para implantação ou aprimoramento de programas de <i>compliance</i>.....	76
2.5.1 A Lei Anticorrupção empresarial e os programas de <i>compliance</i>	79
2.5.2 A Lei 13.303/2016 e a implantação de programas de <i>compliance</i> no âmbito das estatais.	83
03 O COMPLIANCE COMO EXIGÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	86
3.1 O problema da corrupção nas contratações públicas e a busca de políticas públicas para solucioná-la.....	86
3.1.1 Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip).....	93

3.1.2 Empresa pró-ética	95
3.2 O <i>compliance</i> como instrumento de prevenção e combate à corrupção e mitigação de riscos.	97
3.3 O <i>compliance</i> nas empresas que contratam com o poder público: os sistemas de incentivo e a importância de uma cultura de conformidade	101
3.4 O <i>compliance</i> como pilar de contratações públicas e o direito fundamental à boa administração.....	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O novo modelo constitucional, baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, influenciou e modificou todo o ordenamento jurídico.

Dentro dessa nova perspectiva, o direito administrativo não ficou imune às novas diretrizes constitucionais e sofreu consideráveis mudanças na forma de prestação de serviços ao cidadão e na definição de políticas públicas.

No Brasil, as mudanças se deram, especialmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da edição da Emenda Constitucional nº 19, notoriamente conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa. Pode-se afirmar, seguramente, que houve uma mudança nos paradigmas que envolvem as questões relacionadas à Administração Pública brasileira e que os principais avanços estão refletidos na garantia do Estado Democrático de Direito e na dignidade da pessoa humana.

A supremacia constitucional, instaurada após a Constituição de 1988, permitiu uma irradiação dos princípios e regras constitucionais na atividade administrativa, possibilitando uma nova leitura dos institutos e estruturas da disciplina pelo viés constitucional. Temos então, o que se convencionou chamar de a nova Administração Pública, compromissada com as diretrizes constitucionais, visando sempre encontrar a melhor solução aos problemas sociais e simplificar o acesso do cidadão ao Estado.

Dentro desse contexto, o direito fundamental à boa administração ganha destaque e merece atenção especial por parte dos administradores públicos e dos operadores do direito. Todavia, a conquista da boa administração de forma expressa ocorreu no direito internacional que o reconheceu como princípio geral do direito. Com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, foram consagrados direitos fundamentais que já eram reconhecidos internamente nos países que a compõe e, dentre esses direitos, consagrou-se o direito fundamental a uma boa administração.

No plano internacional ganhou relevância o conceito-ideia de “*good governance*” (boa governança, bom governo, boa administração), defendido por José Joaquim Gomes Canotilho. Na visão do autor, boa governança significa, numa compreensão normativa, a condução

responsável dos assuntos do Estado. Pela relevância dos seus estudos, as ideias do autor refletiram no Brasil, contribuindo demasiadamente no desenvolvimento dos estudos de direito constitucional pós o advento da Constituição Republicana de 1988. Aqui a boa administração representa uma forma de governar com eficiência e probidade e, além disso, a atuação do gestor estatal, no exercício da função administrativa, deve observar a obediência à participação social e a responsabilidade por suas condutas.

Soma-se ao que foi dito o fato de que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, do qual o Brasil é signatário desde 09/12/2003, ratificada no país pelo Decreto Legislativo 248/2005 e pelo Decreto Presidencial de 31/01/2006, visa garantir, entre as suas finalidades, o direito fundamental à boa administração. Haja vista que em seu artigo 1º, prevê que a finalidade da Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

As convenções internacionais têm o objetivo de reforçar a estrutura normativa de combate à corrupção, proibindo retrocessos nos instrumentos que defendem a probidade administrativa e exigindo que o país busque, cada vez mais, os parâmetros de boa administração estabelecidos pela comunidade internacional. Logo, quando o Brasil, como Estado Parte, assina um tratado internacional e este é inserido no ordenamento jurídico nacional, dele deve-se extrair a máxima eficácia, mormente quanto a um tratado de prevenção à corrupção que se alinha ao chamado direito fundamental à boa administração.

Cabe frisar que a norma contida no art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República traduz o entendimento de que, os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem aos descritos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, de forma expressa ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição, ou, até mesmo, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário. Forma-se, assim, o chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, novo parâmetro a ser seguido pela Nova Administração Pública.

Por tudo isso, no Brasil, mesmo não estando previsto de forma expressa na Constituição Federal, prevalece o entendimento de que o direito fundamental à boa administração pública se encontra de forma implícita no texto constitucional, seja no artigo

1º, III, que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, seja no artigo 37, no qual consta a descrição dos princípios basilares da administração pública.

Mesmo com todos os avanços do processo de constitucionalização do direito administrativo e o reconhecimento do direito fundamental à boa administração, vivemos atualmente momentos de crise. Sempre que se acompanha o noticiário nacional, ouve-se falar em crise das instituições, crise de representação, crise do Estado, crise do direito. O Estado-Administração encontra-se submetido a alto nível de exposição sobre aspectos de sua estrutura e funcionamento, deixando evidente suas fragilidades e fissuras.

Soma-se a isso o problema da corrupção que deixou de ser um problema local para transformar-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias. Por óbvio, no Brasil não é diferente, aqui é cada vez mais frequente as violações ao direito à boa administração, devido ao cometimento de ilegalidades na gestão estatal, em razão do não cumprimento dos deveres do administrador no exercício da função administrativa, notadamente nos processos de contratação pública.

Nesse cenário de crise, não há maior prioridade do que restaurar a confiança na gestão pública. Para tanto, há um conjunto de providências inadiáveis por conta do administrador público e por aqueles que se dedicam a estudar as contratações públicas.

É preciso planejar a longo prazo. É necessário a realização de programas consistentes de Estado, e não de governo ou gestão, capazes de recuperar a confiança perdida e reassumir o firme compromisso constitucional. Nota-se, assim, a importância de se buscar mecanismos novos na efetivação do controle das contratações públicas e na consolidação do direito fundamental à boa administração, garantindo uma gestão pública responsável, que propicie maior qualidade na prestação de serviços públicos essenciais e, conseqüentemente, na garantia dos direitos fundamentais.

É urgente, portanto, a necessidade de se investir na governança como forma de prestigiar a gestão pública compartilhada, reinventando ao mesmo tempo, o potencial de contribuição de uma cidadania que se possa reconhecer como ativa, emancipando-se, como é próprio a um direito à boa administração que se afirma fundamental.

Nessa linha de raciocínio, fundamental eleger o *compliance*, expressão de origem inglesa, que exprime a ideia de agir de acordo com uma regra ou um comando, como um dos marcos do novo modelo. Assim se afirma, pois, muito além da sua tradicional simbologia de obrigação de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização, o *compliance* representa um novo valor vigente, que saiu do âmbito da governança pública para refletir na seara pública. Para tanto, é

necessário o investimento em pessoas, processos e conscientização. Por isso é importante as pessoas estarem conscientes da importância de “ser e estar em *compliance*”.

Nesse contexto, a pesquisa buscou soluções para as indagações realizadas, visando encontrar caminhos que justifiquem a utilização do *compliance* nas contratações públicas e quais seriam os resultados de tais práticas.

Visando responder esse questionamento, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, destinou-se a identificação do direito fundamental à boa administração, apresentando seu conceito, tanto na doutrina internacional, quanto nacional. Discutiu-se sobre o processo de constitucionalização do direito administrativo que deu ensejo ao que se convencionou chamar de a Nova Administração Pública. Dentro dessa nova perspectiva, apresentou-se o princípio da eficiência, um dos marcos do modelo de Administração Gerencial. Também se questionou sobre os efeitos da constitucionalização do direito administrativo nas contratações públicas e quais os principais reflexos da Lei da Inovação Pública, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Por fim, abordou-se o processo de abertura da Administração Públicas para regras antes destinadas ao setor privado, como é o caso da governança.

O segundo capítulo foi destinado a abordagem sobre a governança, primeiro a corporativa e depois a pública. Foram indicados seus fundamentos e princípios. Dedicou-se, posteriormente ao *compliance*, perfazendo todo o caminho desde o seu nascedouro e chegada ao Brasil. Também se cuidou de dedicar aos modos de implantação e manutenção do *compliance*, destacando as legislações brasileiras que cuidam da matéria.

No capítulo derradeiro, inicialmente fez-se um levantamento sobre o problema da corrupção e a necessidade de criação de políticas públicas preventivas, apresentado, inclusive, exemplos bem-sucedidos. Posteriormente, debruçou-se sobre a importância dos programas de *compliance* nas contratações públicas e sua ligação com o direito fundamental à boa administração.

Em suma, a pesquisa buscou responder se os institutos da governança pública e do *compliance* podem ser encarados como mecanismos eficazes na efetivação do direito fundamental à boa administração. As conclusões alcançadas levam ao entendimento de que a governança pública se apresenta como instrumento hábil de prevenção da corrupção, problema que assume o protagonismo da agenda pública brasileira, e suas ferramentas podem contribuir para tornar a Administração Pública mais eficiente e cumpridora de seus deveres constitucionais, entre eles, a garantia de efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

Na busca de uma sociedade mais justa, as técnicas de *compliance* servem como instrumentos para promover, no ambiente público e no privado, um panorama em que haja honestidade e que os índices de corrupção sejam menores.

Em última instância, vale ressaltar que o fundamento teórico da pesquisa bibliográfica teve como marco teórico a ideia de “*good governance*” apresentado pelo autor José Joaquim Gomes Canotilho.

Por fim, importante frisar que os estudiosos do direito administrativo têm trabalhado com afinco com as inovações de uma Administração Pública que se pretende cada vez mais dialógica e consensual. Neste sentido, a singela pesquisa objetivou contribuir com esse desiderato.

01 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO.

1.1 As linhas de transformação da administração pública

Muito já se discutiu sobre o processo de transformação pelo qual tem passado o Estado contemporâneo e, conseqüentemente, as alterações nos modos de atuar da Administração Pública. Todavia, impossível falar sobre um novo modelo de Administração Pública sem antes retomar alguns traços de sua trajetória e de seu processo evolutivo.

Assim, inicialmente é fundamental realizar um breve, porém essencial, retorno aos três principais modelos perseguidos pelo Estado ao longo da história contemporânea: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial.

Em primeiro lugar, o modelo patrimonialista, diretamente ligado às heranças da monarquia, com início da formação do Estado. Era um modelo de atuação administrativa em favor de interesses particulares.

O modelo de gestão patrimonialista marcou a Colônia, o Império e a República Velha, compreendendo um período predominantemente de práticas patrimonialistas, no qual a renda dos donos do Poder (oligarquia) é derivada do patrimônio do Estado.¹

A Administração Pública estrutura-se, portanto, de forma autoritária, patrimonialista, primando pelo favorecimento de parentes ou parceiros políticos, sendo marcada a ação administrativa pela busca da satisfação dos interesses econômicos da Coroa e de seus aliados.

Logo, no período compreendido entre 1821 (quando Dom João VI retorna a Portugal e as Cortes portuguesas determinam mudanças na estrutura administrativa brasileira) e 1930 (quando Getúlio Vargas assume o poder), a sociedade é mercantil-senhorial. No plano político, o Estado é oligárquico; a Administração Pública é patrimonial.²

¹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 134

² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 7 Ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. Pág. 222.

Para José Maurício Domingues o modelo patrimonialista estava conectado a sua própria história:

A tradição absolutista do período colonial implicava clara mistura do tesouro do Estado espanhol e português com o do rei e da nobreza (principais funcionários do Estado), além de uma grande dificuldade da metrópole em controlar seus prepostos na remota América. Com as independências, Estados de feição formal moderna se estabeleceram, separando-se público e privado. Isso não implicou o desaparecimento absoluto das características patrimonialista desses Estados, mas transformo-as de forma decisiva.³

Bruno Miragem lembra que as críticas reiteradas ao Estado e ao modelo de Administração Pública patrimonialista são, em geral, justas, e remontam a raízes históricas profundas. Tais antecedentes históricos contribuíram para a dominação estatal por elites sociais que, ao dirigir a atuação administrativa em favor de seus próprios interesses, promoveram a reprodução de um modelo exclusivista e ineficiente no tocante à prestação de serviços públicos à população.⁴

A função fundamental do Estado, nesse período, era garantir empregos e rendas, garantido um alto poder político a elite dirigente patrimonialista, não havia distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Não havia democracia no período, os critérios administrativos eram pessoais e havia uma omissão quanto à preocupação com a eficiência da máquina pública.

É importante ressaltar que o processo de democratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, aboliu, em tese, a prática do patrimonialismo na Administração Pública. Entretanto, não se pode negar que ainda hoje é possível encontrar práticas de cunho patrimonialista, notadamente no âmbito das contratações públicas. É a velha confusão entre a coisa pública e a coisa privada, na qual gestores ainda administram cidades ou Estados como se estivessem gerenciando suas propriedades.

As heranças do modelo patrimonialistas têm ligação direta com a cultura corruptiva, problema atual que abala a ética e a imagem das instituições públicas brasileiras. Ressalta-se que os efeitos da corrupção na Administração Pública, notadamente no âmbito das contratações públicas, ganharão abordagem no capítulo final. Por ora, basta ficar consignado que a corrupção traz consigo as marcas do modelo patrimonialista de administrar.

³ DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. IN: AVRITZER, Leonardo; [et al.] Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. Pág.188

⁴ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 23.

Assim, percebe-se que apesar dos significativos avanços, a lógica patrimonialista ainda influencia a administração pública atual, principalmente na seara das contratações públicas.

Do modelo patrimonialista, evoluiu-se para o modelo burocrático, surgido no mundo no século XIX e, no Brasil, na primeira metade do século XX.⁵

Nesse cenário, Antônio Cesar A. Maximiniado e Irene Nohara destacam as ideias desenvolvidas por Max Weber, segundo o qual, qualquer sociedade, organização ou grupo que se baseia em racionais é uma burocracia. Lembram os autores que para Weber, a burocracia viabilizou o desenvolvimento do capitalismo, que, diante do crescimento e da maior complexidade das instituições, passou a exigir modelos mais bem definidos de organizações.⁶

No Brasil, o modelo de administração burocrático, surgiu a partir de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, havendo, então, um impulso de racionalização, especialização e profissionalização da gestão pública, sendo que a burocracia também se sujeitou a disfunções.

O que se convencionou chamar reforma de 1930 é um movimento da Era Vargas, que se estendeu até meados dos anos de 1940. Teve como objetivo o fortalecimento das estruturas de governo e da função pública, envolvendo profissionalização, capacitação, ingresso no serviço público por mérito, perspectivas de carreira e remuneração do funcionário. Foi inspirado no modelo weberiano.⁷

O principal marco da burocratização era a busca por maior controle da administração. Contudo, o modelo foi mal importado de outros países. Na prática, a burocratização impediu que fossem realizadas as vontades do Estado e, conseqüentemente, a realização do interesse público. A ausência de decisões no momento adequado, a falta de estruturação e o acúmulo de procedimentos tornaram inviável a Administração Pública.

O certo é que o Brasil não estava culturalmente preparado para a lógica burocrática, pois conforme sustenta Bruno Miragem, o excesso de burocracia somou-se ao perfil patrimonialista, fato que acentuou as críticas e o descontentamento popular com a Administração Pública. A burocracia mostrou-se um entrave a realização da ação administrativa em favor do seu objetivo precípua, qual seja, a adequada prestação dos serviços públicos. Este fenômeno burocrático, antes de mera realidade na estrutura das organizações estatais, é visto, igualmente, como traço

⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 7 Ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. Pág. 239-240.

⁶ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 49

⁷ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 126

cultural de uma sociedade cujas origens remontam à especialização dos saberes e se convertem em modo de dominação social.⁸

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho lembra que é fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de alguma classe dominante (qualquer que seja ela).⁹

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que com o modelo burocrático, a Administração Pública tornou-se cara e lenta, desviando de sua finalidade originária que é atender às demandas da população.

Com o fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988, um novo modelo de administração começava a surgir no Brasil. O Estado Democrático de Direito, marcado pela preocupação do bem-estar geral, pela participação popular e pelos objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, era o marco no novo tempo.

Com a redemocratização do Brasil, volta-se a implementação de técnicas administrativas modernas oriundas da iniciativa privada e a tentativa de transição de uma gestão de natureza *burocrática* – baseada na obediência das prescrições formais – para uma *profissional* – voltada à seleção e ao aperfeiçoamento dos agentes públicos, adstrita à eficiência dos resultados e à flexibilidade dos processos.¹⁰

Todavia, muitas das previsões iniciais da Constituição foram alvo de mudança impulsionada pela Reforma da década de 1990, cujos alicerces se encontram no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, mas que se consubstanciaram em transformações constitucionais por meio da Emenda Constitucional 19/98.¹¹

Buscou-se com a Emenda da Reforma Administrativa implantar um modelo gerencial de Estado, que primasse pela busca de resultados de forma eficiente. A administração pública

⁸ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 24.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 93.

¹⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Entre a corrupção e a ineficiência: a implementação do Estado Gerencial à brasileira com um dos mitos do Direito Administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 192, fev. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246802>. Acesso em: 2 jul. 2018.

¹¹ A reforma de 1955 inspirou-se nos princípios da reinvenção do governo e da nova gestão pública. A Nova Gestão Pública (*New Public Management*) deu seus primeiros passos na Inglaterra nos anos de 1980, quando Margaret Thatcher foi primeira-ministra e implementou uma agenda de redução de custos, aumento da eficiência da Administração Pública, desregulamentação e privatização, planejamento de despesas, administração financeira e auditoria dos serviços públicos, entre outros pontos. MAXIMIANO, Antônio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 131

gerencial surgiu como contraste ao modelo que vigorava até então, denominada administração pública burocrática e com heranças patrimonialistas.

Importante ressaltar que a reforma não abandonou os princípios da burocracia, tais como profissionalismo e impessoalidade, mas buscou reforçá-los no modelo da administração gerencial. Por outro lado, a reforma buscou corrigir disfunções da burocracia que persistiam na máquina pública.¹²

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, o modelo de administração pública gerencial pode ser definido da seguinte maneira:

Descentralização do poder político, com a transferência de atribuições para níveis regionais ou locais; Descentralização administrativa, por intermédio da delegação de autoridade a administradores públicos transformados em gerentes com crescente autonomia; Estabelecimento de organizações com poucos níveis hierárquicos; Afirmação do pressuposto da confiança limitada em contraposição à desconfiança total; adoção do controle da ação administrativa por resultados, ao invés de controle rígido procedimental da atuação administrativa; e adoção de modelo de administração voltada ao atendimento do cidadão e não autorreferida, reproduzindo seus próprios interesses.¹³

O modelo gerencial, surgido com a assunção da eficiência administrativa ao posto de princípio constitucional explícito e como finalidade comum da ação administrativa estatal, provoca um profundo impacto na visão do Estado e na redefinição do perfil da Administração Pública, mudança que será melhor analisada em tópico próprio.

Em virtude de tudo que foi mencionado, não se pode entender esses três momentos - patrimonialista, burocrático e gerencial - como uma cronologia evolutiva, pois os traços de patrimonialismo e da burocracia nunca desaparecerem da Administração Pública no Brasil. Além disso, a reforma gerencial almejada em 1995 também não alcançou plenamente seus objetivos, em grande parte devido à resistência do funcionalismo, razão pela qual justifica-se a busca por novos mecanismos capazes de transformar e dar novos rumos à Administração Pública, abandonando de vez os resquícios dos modelos passados.¹⁴

¹² MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 131

¹³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 7 Ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. Pág. 241.

¹⁴ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 134.

Por fim, é preciso considerar que, atualmente, sustenta-se a tese de um modelo de Estado esquizofrênico, ou seja, com fortes traços patrimonialista, marcado pelo excesso de burocracia e que, no âmbito internacional, vende uma imagem gerencial.

Nessa perspectiva, Rodrigo Pironti entende:

Vivemos atualmente em um Estado orientado por práticas tipicamente patrimoniais, burocráticas e gerenciais, como se fosse possível orientar uma lógica de governança dentro da esquizofrenia do modelo vigente. O rótulo contemporâneo pressupõe a vigência de um Estado Gerencial, orientado para a eficiência administrativa e o resultado, porém, a cultura administrativa instaurada em nada se coaduna com o modelo proposto, convertendo o discurso gerencialista em mera retórica, impregnado de forte tendência patrimonial e de um processo burocratizante cada vez mais marcante. Não perceber esse processo e insistir na adoção de rótulos distantes da cultura administrativa instaurada é conduzir o Estado à falência, não apenas institucional, mas principalmente material.¹⁵

Nessa visão apresentada, os três modelos de Estado se relacionam e coexistem no modelo atual. Todavia, os modelos são contingenciais e não homogêneos, o que torna o agir estatal imprevisível diante de uma sociedade multifacetada e dinâmica. Além disso, o marco negativo é a ausência de bases éticas bem delineadas, o que deixa o administrado e o cenário internacional sem saber que modelo de Estado esperar.

A solução para tal problema não é fácil, e não se concentra apenas na admissão de um novo rótulo, pois, em verdade, o rótulo dado ao Estado pouco importa sob o aspecto formal. Na realidade, o que se busca instaurar é uma nova cultura administrativa, que almeje à maximização da noção de governança e, principalmente, da condução do processo de formação da vontade administrativa fundada na dignidade da pessoa humana e na profissionalização da função pública como mecanismo natural da responsabilidade do ato de administrar, assuntos que serão abordados ao longo deste trabalho.

1.2 A constitucionalização do direito administrativo.

O constitucionalismo moderno emerge quando da superação dos regimes absolutistas, derivados da necessidade de contenção do poder do Estado.

Em um breve relato histórico, pode-se afirmar que partimos de uma Estado Absolutista, marcado por um direito repressivo e que não ligava para o bem-estar dos cidadãos. Na mudança

¹⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. O modelo de Estado Gerencial: rótulo x cultura administrativa – por um Estado não esquizofrênico e responsável. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240563>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

do Estado absoluto para o Estado Liberal, deu-se início a era do direito positivado por escrito em forma de códigos. Com base nos ideais da Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade, a sociedade passa a tomar forma e o povo começa a exigir a garantia da proteção de seus direitos.

Todavia, no liberalismo, mesmo previstos constitucionalmente, não há efetivação dos direitos fundamentais.¹⁶ Assim, o verdadeiro reconhecimento dos direitos fundamentais só se aperfeiçoa com o modelo de Estado Social, no qual o Estado prestacionista passa a garantir a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Dentro desse contexto, o autor Gustavo Binimbojm destaca:

A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeados pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente à legitimação do poder estatal.¹⁷

O novo modelo constitucional, baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, influenciou e modificou todo o ordenamento jurídico. Na feliz síntese de Daniel Sarmento, citada por Gustavo Binimbojm, o Estado e o direito têm a dignidade humana situada no seu epicentro axiológico, razão última de sua própria existência.¹⁸

Ressaltando o papel das Constituições contemporâneas, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento sustentam:

As constituições contemporâneas desempenham um papel central no ordenamento jurídico. Além de limitarem os poderes políticos, as suas normas podem incidir diretamente sobre as relações sociais. Além disso, seus preceitos e valores são considerados vetores para interpretação e aplicação de todo o Direito, impondo a releitura dos conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento. A Constituição não é vista mais como uma simples norma *normarum*— cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico.¹⁹

¹⁶ MENDONÇA, Crystianne da Silva, 1990. Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no Estado democrático de direito. Tese. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Uberlândia.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2º ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. Pag. 103.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2º ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. Pag. 51.

¹⁹ SARMENTO, Neto. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Como reflexo dessa situação, o direito administrativo não ficou imune às novas diretrizes constitucionais e estabeleceu a prestação de serviços ao cidadão com um de seus principais pilares, aumentando as possibilidades de controle social e de participação dos cidadãos na execução e definição de políticas públicas. Para Jaime Rodriguez-Arana Munõz, é na Constituição que o direito administrativo encontra seu sentido e significado.²⁰

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que, no Brasil, as mudanças se deram especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Emenda Constitucional nº 19, notoriamente conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa.

Pode-se inferir, seguramente, que houve uma mudança nos paradigmas²¹ que envolvem as questões relacionadas à administração pública brasileira e que os principais avanços estão refletidos na garantia do Estado Democrático de Direito e na dignidade da pessoa humana.

Sob essa óptica, o fenômeno de constitucionalização do direito administrativo tem como justificativa o sujeito do direito administrativo, a pessoa humana, titular de direitos fundamentais. Para evidenciar esse aspecto, Emerson Garcia reforça:

Em relação ao direcionamento das escolhas a serem realizadas, há uma diretriz fundamental que não pode ser preterida e muito menos desconsiderada pelo intérprete. Trata-se do respeito ao ser humano, razão de ser do Estado de Direito, origem e fim da produção normativa, fio condutor do discurso jurídico-interpretativo, enfim, imagem que delinea e dá forma à ordem jurídica. Mesmo as restrições aos direitos do ser humano devem estar alicerçadas, ainda que de modo mediato, na necessidade de preservar a sua essência, concebido em sua individualidade ou como parte do agregado coletivo.²²

Frente aos fatos mencionados, passou-se a reconhecer o surgimento do que se convencionou chamar de a Nova Administração Pública, compromissada com as diretrizes constitucionais, visando sempre encontrar a melhor solução aos problemas de interesse público e simplificar o acesso do cidadão ao Estado. O direito administrativo brasileiro passou a integrar

²⁰ MUNÕZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Aproximación al derecho administrativo constitucional**. Universidad Externado de Colômbia, 2009. P. 09.

²¹ A introdução do conceito de paradigma em Thomas Kuhn, enquanto modelo científico vigente em certo momento histórico, traz implícita a ideia de provisoriedade, sugerindo, portanto, uma visão epistemológica contemporânea, que parte do esgotamento da confiabilidade de suas premissas, razão pela qual passam a ser superadas pela introdução de novas premissas e assim sucessivamente, tudo muito à feição de Karl Popper, a respeito da transitoriedade do conhecimento. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pag. 18-19.

²² GARCIA, Emerson. **Interpretação Constitucional**. A resolução das conflitualidades da norma constitucional. São Paulo: Atlas. Pag. 12.

esta nova realidade, principalmente após a Constituição de 1988 e as reformas do final do século passado. Exemplo disso é o surgimento de novos conceitos e princípios.

A supremacia constitucional ensejou uma irradiação dos princípios e regras constitucionais na atividade administrativa, proporcionando uma nova leitura dos institutos e estruturas da disciplina pelo viés constitucional. O processo de constitucionalização do direito administrativo retira o protagonismo da lei e a rebaixa a um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pelo texto constitucional.

Sob esse enfoque, Gustavo Binimbojm ressalta que o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal.²³

A influência dos direitos fundamentais sobre o direito administrativo também ganhou destaque na definição de Marçal Justen Filho, segundo o qual o “direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”.²⁴

O autor defende que a vinculação do direito administrativo aos direitos fundamentais se divide em dois planos diferentes. Em primeira análise, o direito administrativo que visa evitar a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produzindo o sacrifício de liberdade e de outros valores fundamentais. Logo, sob esse prisma, o direito administrativo se mostra como um instrumento de limitação do poder estatal e não estatal.

Em sua segunda vertente, o direito administrativo representa um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Seria o viés positivo ou comissivo do direito administrativo, responsável pela produção de organizações estatais e não estatais capazes de promover esses valores fundamentais.²⁵

²³ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2º ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. Pag. 71

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 90.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 93.

Compreende-se, então, que o direito administrativo, sob o viés constitucional, se vincula diretamente à concretização dos direitos fundamentais, definidos especialmente a partir da dignidade da pessoa humana.

É preciso considerar que todas essas modificações não ingressaram de modo imediato e em termos integrais no direito administrativo²⁶. Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir.

Com outras palavras, Vanice Regina Lírio do Valle reforça essa argumentação ao dizer que:

Entre as sucessivas ondas de reformulação da função administrativa destaca-se a preocupação com a (re)estruturação do modo de agir estatal, por intermédio de consecutivas reformas administrativas, em distintos níveis de aprofundamento. Responde-se à afirmada inaptidão do Estado para cumprimento de seus deveres no campo da garantia dos direitos fundamentais, com reiteradas propostas de modelos de administração e respectivos regimes jurídicos, tudo na busca de alcançar às chamadas “boas práticas”. As tentativas se sucedem e sobrepõe, na velocidade vertiginosa própria do século XXI.²⁷

Cumprе evidenciar também que, ainda hoje, o modo de operar do direito administrativo é, no seu espírito, o mesmo de um século atrás, vinculadas a velhas práticas que não se coadunam com novo modelo constitucional, notadamente na esfera das contratações públicas.

Para evidenciar esses aspectos, Marçal Justen Filho aponta que talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio direito constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo direito administrativo. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. O autor enfatiza que isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”.²⁸

²⁶ Neste momento torna-se conveniente mencionar a diferença entre evolução e revolução. A evolução não rompe com o velho modelo, enquanto a revolução rompe paradigmas consolidados e os substitui, em todo ou parte, por novos. Assim, é possível compreender como certos princípios e leis, que vigoraram durante todo o período moderno, foram substituídos ou revistos por outros no pensamento pós-moderno. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pag. 18.

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à Boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum. Pág. 22.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 102/103.

É bom ressaltar que não está aqui a afirmar que tais fórmulas devem ser extirpadas definitivamente, e essa também não é a posição defendida pelo autor, todavia, a interpretação de tais conceitos, a sua extensão e relevância devem ser vinculadas à dimensão constitucional e democrática, de modo a se ajustarem ao novo modelo vigente.

Sob esse novo panorama, as normas de direito administrativo continuariam a regular a realização do interesse público e a conferir à Administração Pública, encarregada de buscá-lo, poderes de autoridade. Todavia, fala-se de uma sujeição horizontal, e não mais vertical, que busque o modelo dialógico²⁹, fincado na confiança numa racionalidade reflexiva³⁰ e pautada pelo bloco de legalidade³¹, e não mais pela legalidade estrita.

Em síntese conclusiva, Fabrício Motta, com aporte nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, pontua algumas consequências decorrentes do processo de constitucionalização do direito administrativo, são elas:

a) limite à liberdade do Legislativo na elaboração das leis em geral, impondo-lhes deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais; b) limite à discricionariedade da Administração, em razão da normalidade dos princípios constitucionais, possibilitando, inclusive, o controle judicial do mérito do ato administrativo; c) imposição, à Administração, de deveres de atuação, notadamente voltados à realização dos direitos fundamentais e dos objetivos da República, determinando e orientando a realização de políticas públicas, assim como a prestação de serviços públicos; d) fornecimento de fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta da Constituição, independentemente da intermediação do legislador ordinário; e) fornecimento de parâmetro para o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e ainda, com características peculiares, possibilitando o controle no âmbito da Administração Pública; f) relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, impondo-se à Administração o

²⁹ O modelo de administração pública dialógica pode ser traduzido como “garantias do contraditório e da ampla defesa — é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica do dever de motivação consistente e proporcional”. FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007. Pag. 20.

³⁰ A reflexividade se caracteriza como sendo a capacidade de um sistema tematizar sua própria identidade, de perceber como, em seu meio, operam outros sistemas e relações de interdependência. É a relação que um objeto tem consigo mesmo. Cada sistema — ou subsistema — coloca-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel, institucionalizando mecanismos aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação e tendo em vista seus respectivos valores, seus interesses e suas necessidades. A reflexividade caminha no sentido de viabilizar a autonomia regulada dos sistemas, permitindo a maximização de sua racionalidade interna mediante adequados procedimentos de formação do consenso e tomada de decisão coletiva. GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pág. 198.

³¹ A norma contida no § 2º do art. 5º da CF/88 traduz o entendimento de que, os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem aos descritos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, de forma expressa ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição, ou, até mesmo, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário. Forma-se, assim, o chamado bloco de legalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, englobando as leis e também regulamentos, tratados internacionais, jurisprudência e os costumes.

dever de proporcionalidade no sopesamento dos interesses; g) condicionamento e direcionamento da interpretação de todas as normas do sistema, fazendo de qualquer interpretação jurídica uma interpretação constitucional.³²

Em suma, as consequências levantadas pelo autor, podem ser resumidas na realização de interpretação conforme a Constituição, impondo a leitura dos institutos do direito administrativo e das normas que regularizam a matéria da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos dispositivos constitucionais.

Por fim, Marçal Justem Filho alerta para a dificuldade da constitucionalização do direito administrativo em razão da elevação do ritmo das modificações sociais, econômicas e políticas. Segundo o autor, é necessário, também, adequar o estudo do direito administrativo às concepções relacionadas com a chamada pós-modernidade, pois as características do mundo social e político introduzem maiores dificuldades na aplicação do conhecimento tradicional.³³

Diante desse quadro, não se pode adiar que a Constituição ocupe de fato o seu lugar supremo, deixando de ser um mero discurso político. Para tanto é primordial produzir um reexame de velhos pressupostos e formas de abordagem do direito administrativo. Isso só será possível com a utilização de novos programas e sugestões para o desenvolvimento da atividade administrativa, pautados pelo novo paradigma de que a Administração Pública não é mais um valor em si mesma e de que todas as suas ações têm que guiar-se pelo respeito à democracia e pela efetivação dos direitos fundamentais.

1.2.1 As contratações públicas sob o novo modelo constitucional/administrativo.

Como mencionado no tópico anterior, a Administração Pública adquiriu um novo perfil decorrente do processo de constitucionalização do direito administrativo, impondo o reconhecimento de novos métodos de atuação administrativa. Por certo, a exigência de novos métodos se estendeu as contratações públicas.

É salutar, em primeiro lugar, lembrar que toda a atividade administrativa é direcionada ao bem do interesse público e na prestação dos serviços públicos de forma satisfatória. Nas necessárias elucidações de Ruy Cirne Lima, “o fim, - e não a vontade-, domina todas as formas de administração”.³⁴

³² MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte, Fórum, 2017. Pag. 82/83.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 103.

³⁴ LIME, Ruy Cirne. Princípio de Direito Administrativo. São Paulo: E. Revista dos Tribunais, 1987. Pag. 22.

Todavia, em razão da volumosa quantidade de funções que tem que exercer, a Administração Pública busca a colaboração de terceiros no desenvolvimento dessas funções. Em outras palavras, a Administração Pública busca com terceiros uma parceria para conseguir cumprir suas finalidades de maneira satisfatória. Para tanto, a Administração se vale do regime jurídico das contratações públicas.

É sabido que a Administração Pública, dentro do regime das contratações públicas, possui discricionariedade para escolher se realiza ou não uma contratação, bem como para delimitar seu objeto e suas condições. Contudo, sua discricionariedade não é livre, pois há o dever de se observar os procedimentos administrativos adequados para a realização das contratações. Equivale dizer que a produção de um contrato administrativo deve seguir regras específicas previstas em lei, de modo que sua existência, validade e eficácia ficam condicionados aos cumprimentos dessas.

Dentro desse raciocínio, faz-se interessante esclarecer que o contrato administrativo, conforme previsão da Lei 8.666/93, Lei de Licitações, pode ser compreendido, como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.³⁵

No mesmo sentido, Marçal Justen filho prefere definir contratos administrativos, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinados a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.³⁶

Já licitação, também nas palavras de Marçal Justem Filho, é justamente o procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que deverá observar o princípio da isonomia, e ser conduzida por um órgão dotado de competência específica.³⁷

Feitas essas primeiras considerações e apresentados os conceitos introdutórios, é essencial, antes de avançar no tema, memorar a evolução histórica da licitação até se chegar no panorama atual, o que se faz com base na síntese do professor Carlos Ari Sunfelds:

³⁵ Art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 470.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 494.

A licitação tem uma história rica no Brasil, pois já acumulamos experiência quase centenária de normas gerais sobre o dever de licitar e sobre as características do processo de disputa. No entanto, os grandes marcos dessa matéria se situam em tempos mais próximos. Em 1967, surgiu um importante texto legal para reformar a Administração Pública Federal, que acabou tendo enorme influência em todas as esferas da Federação, nos Municípios e nos Estados também. Trata-se do Decreto-Lei nº 200, que estabeleceu uma nova era para o tema das licitações. A partir daí a ideia de que os contratos públicos devem ser disputados em licitação se disseminou amplamente na Administração brasileira e passou a ser aplicável às aquisições feitas não só por entes administrativos centralizados (órgãos da Administração direta) e descentralizados (autarquias), como pelos entes estatais organizados na forma do direito privado (empresas estatais e fundações estatais de direito privado). Com a Lei nº 5.456, de 1968, o regime básico de licitação (do Decreto-Lei nº 200) tornou-se nacional, passando a ser seguido também por Estados e Municípios. Essa evolução culminou com a Constituição de 1988, que veio a incorporar regra expressa obrigando todas as entidades, de direito público ou privado, da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, a realizar licitação para suas aquisições de serviços, compras, obras e concessões (arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 175).³⁸

Neste passo, além da Lei 8.666/93, vê-se que a própria Constituição Federal estabelece que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação. Por isso mesmo, razão assiste a Marçal Justem Filho quando afirma:

Os institutos da licitação e do contrato administrativo envolvem normas de diversas naturezas (direito administrativo, direito civil, direito comercial, direito penal, direito financeiro, direito processual penal etc.). A disciplina normativa das licitações e contratos administrativos é integrada não apenas pela atual Lei. O núcleo primordial da disciplina se encontra na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade, a disciplina de licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo quando se recorra à legislação inferior, deve ter-se em vista a superioridade da Constituição.³⁹

Logo, por consequência, os contratos administrativos estão subordinados aos princípios constitucionais que alicerçam à Administração Pública, notadamente, os princípios da eficiência e moralidade.

Vale ressaltar que, em decorrência do reflexo direto dos princípios administrativos, exige-se que os contratos públicos sejam realizados com a menor quantidade possível de recursos econômicos, mas almejando os melhores resultados. Como bem lembra Marçal Justem

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. Pag. 13.

Filho, o dever de otimização dos recursos públicos, um dos aspectos essenciais do direito administrativo, reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolso.⁴⁰

Com base no que foi até aqui mencionado, pode-se afirmar que a licitação, embora seja um instrumento de direito administrativo, se guia por padrões típicos das contratações praticadas pela iniciativa privada. Por tudo isso, a Administração Pública deve pautar suas ações nos princípios de funcionamento do mercado, de modo a garantir eficiência financeira em suas contratações. Por outro lado, o excesso de burocracia, resquícios do modelo de administração burocrática, pode acarretar o afastamento de potenciais fornecedores ou a elevação dos preços praticados.

Portanto, o procedimento administrativo destinado à contratação pública deve se atentar a todos esses fatores. O autor português Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, alerta para o protagonismo que procedimento deve exercer no âmbito da Nova Administração Pública:

O procedimento deixa, pois, de ser visto em função do acto final, para passar a ser considerado em si mesmo, enquanto manifestação mais genuína e específica da actividade administrativa. É ele que regular o actuar administrativo anterior e posterior à decisão final, e que está presente tanto na atividade unilateral como na atividade de direito privado da Administração.⁴¹

O mesmo autor ainda destaca a importância de participação do particular no procedimento administrativo:

A participação no procedimento é, portanto, de acordo como esta orientação, vista a partir da perspectiva da organização administrativa, enquanto mecanismo institucionalizado de colaboração dos particulares e das autoridades públicas para a produção de decisões administrativas. Daí que a intervenção particular no procedimento seja analisada não como um meio de defesa das suas posições subjectivas perante a Administração, mas como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação. Aquilo que se valoriza não é tanto a oportunidade do particular se defender preventivamente da Administração, mas a importância dos novos factos e interesses que ele pode vir a trazer ao procedimento, concebendo-se o particular como um participante activo da realização da função administrativa.⁴²

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 216.

⁴¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003. 307.

⁴² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003. Pag. 306

Pode-se inferir das ideias defendidas pelo autor, que a defesa da participação privada nos procedimentos administrativos nasce como o contraponto da autonomia decisória da Administração Pública, resultado do novo modelo de tratamento horizontal que se deve ter com os administrados. Acresce-se ao exposto, o fato de que houve uma considerável expansão das funções administrativas, somado ao aumento da complexidade dessas, o que exige uma Administração Pública cada vez mais aberta ao debate e que busque cada vez mais parcerias com terceiros para realizar de forma eficiente todas as suas funções.

O autor ainda destaca que a participação da iniciativa privada na Administração Pública constitui, também, uma forma de democratização:

A generalização do procedimento administrativo e a conseqüente abertura a uma maior colaboração e participação dos privados significam uma importante transformação de fundo, que é a passagem de uma Administração “autoritária” a uma Administração de “serviço”. E essas transformações da ação administrativa autoritária em ação participativa tem o duplo mérito de apresentar características de democraticidade (no interior e no exterior da Administração), e de aproximar e, sobretudo, de interessar os estranhos na actuação administrativa, assim como de motivar os próprios operadores no desempenho de suas funções”.⁴³

Todos esses aspectos levantados levam à conclusão de que a Administração Pública está cada vez mais se relacionando com o setor privado. Todavia, ainda lhe restam heranças do modelo patrimonialistas, de modo que essa aproximação entre o público e o privado gerou também conseqüências negativas.

O fator preocupante é que as relações envolvendo o setor público e privado foram esmagadas por um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro. A corrupção sistêmica passou a ser identificada como um dos pontos fracos do país, pois se disseminou de forma rápida nos últimos tempos, em níveis escabrosos.

Especialmente nas contratações públicas, os esquemas de superfaturamento dos contratos garantiam a arrecadação e distribuição de verbas desviadas a políticos, empresários, partidos políticos e agentes privados. O modelo tornou-se o jeito natural de se fazer política e de se celebrarem negócios no país.

Contudo, não se deve esquecer que as contratações públicas devem ser norteadas também pelos princípios da moralidade e da probidade, prezando sempre pela honestidade e seriedade, tanto dos agentes públicos envolvidos, quanto dos próprios licitantes.

⁴³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 402/403.

Além disso, nos termos previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, alterado pela lei 12.349/2010, a licitação também deve promover o desenvolvimento nacional sustentável. Nas palavras de Marçal Justen Filho, isso significa consagrar uma função regulatória adicional para a licitação e a contratação administrativa:

Não se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável. A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado brasileiro intervém sobre diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.). [...]. Rigorosamente, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é obtida não por meio da licitação, mas por via da contratação propriamente dita.⁴⁴

Em virtude de tudo que foi mencionado, fica demonstrado que as contratações públicas são hoje um dos principais temas do direito administrativo. Pois, se de um lado se tem a certeza de que as contratações públicas devem nascer de processos competitivos, públicos e formais, pautados pelos princípios administrativos e pela participação popular, de outro lado, o ideário dos administrativistas se volta a buscar soluções eficazes para o problema da corrupção, de modo a evitar que o processo de licitação seja contaminado por interesses privados.

Em conexão com as considerações acima citadas, Carlos Ari Sunfeld lembra que essa tendência de preocupação com o futuro das licitações e com o combate a corrupção surgiram desde a edição da Lei de Licitação e a inclusão do tema na própria Constituição. Paralelamente, fortaleciam-se órgãos de controle público como Judiciário, Ministérios Públicos, Tribunais de Contas e Controladorias, os quais assumiram com entusiasmo a missão de cobrar respeito a normas gerais de licitação.⁴⁵

Por fim, sem maiores delongas, considerando que o tema ainda será explorado no capítulo derradeiro, deve-se asseverar que o ponto fundamental é que o novo direito administrativo reside na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis, logo, o regime das contratações públicas também está delineado e ordenado de acordo com os direitos fundamentais, de modo que nenhuma ação estatal pode ser realizada em termos dissociados deles. Para atingir essa finalidade, o modelo de contratações públicas deve estar afinado com a

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 496.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

luta contra a corrupção e na busca de outras iniciativas que busquem a melhoria paulatina do sistema.

1.2.2 Os reflexos da Lei 13.655/18 na seara do direito administrativo.

Mesmo fugindo um pouco do objeto principal em discussão, não se poderia deixar de mencionar sobre a edição da Lei nº 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, denominada Lei da Segurança para a Inovação Pública, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A mencionada lei foi elaborada com a justificativa de trazer mais segurança jurídica para as relações de Direito Público, ambiente marcado pela insegurança e pelas constantes mudanças, na visão de Carlos Ari Sundfeld:

A necessidade de viabilizar o amplo controle de legalidade de cada ato administrativo é uma das principais responsáveis pela (por assim dizer) “burocratização” do modelo de agir do Estado, expressa em exigências como as de realizar procedimentos, de motivar os atos, de publicá-los etc. Flexibilidade e informalismo impediriam o indispensável controle. Talvez a mais ardente chama do inferno dos administradores seja a resultante da articulação das funções administrativas e judicial. Nenhum ato administrativo é definitivo; todos podem ser levados ao exame do Judiciário, para aferição de sua legalidade. Isso gera uma inevitável interferência dos juízes no fluxo da ação administrativa, a qual, inclusive por decisões liminares e provisórias, pode ser paralisada, proibida ou dirigida para turno diverso. Em suma, um inferno!⁴⁶

Assim, a Lei 13.655/2018, prescreve a necessidade de fundamentação das decisões administrativas e judiciais que invalidem atos administrativos, de modo a se afastar das abstrações e da subjetividade, encontradas em fundamentações vazias.

Nesse panorama, o artigo 20 da Lei 13.655/2018 prescreve que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Ou seja, os motivos utilizados para decidir devem evitar o uso de razões abstratas.

Por outro lado, em crítica ao previsto no artigo, Fernando Martins pondera que é possível decidir com base em princípios jurídicos evitando-se subjetivismos, desde que se compreenda o Direito como sistema íntegro e coerente, isto é: firmando-o na reconstrução histórica; no reconhecimento das pré-compreensões próprias como prejuízos aos envolvidos; na

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamento de Direito Público. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pág. 107

reconstrução do Direito tendo em vista as decisões anteriores aos casos similares; na confrontação da jurisprudência com as práticas sociais. Na opinião do autor, com aborte em Lenio Streck, o tratamento destinado ao Direito, quer através dos princípios ou das regras, deve preservar a autonomia até então conquistada, desviando-se de predadores externos (moral, política e economia) e internos (subjetivismo e pragmatismos).⁴⁷

Na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir serviu para ampliar, nos últimos anos, o espectro de poder de instituições.⁴⁸ Soma-se a isso, o fato de que as definições de políticas públicas exigem a observância de outros fatores, como o panorama econômico, social e psicológico. Entretanto, nem todas as instituições estão capacitadas para realizar um balizamento entre todos os subsistemas existentes.

Mais uma vez, em confronto a posição adotada por pelos autores citados, Fernando Martins lembra que o uso desenfreado de gestões baseadas apenas em argumentos de consequência prume-se apenas em pautas econômicas, como ocorre na “análise econômica do Direito”. O que se percebe nestas situações é a troca de bitola em que o “critério justiça” ou “*standard* boa-fé” são permutados pelo “fator eficiência” ou “elemento custo”. Em casos tais, o razoável (jurídico) será deslocado a favor da racionalidade instrumental (econômico). Obviamente, que os direitos humanos de segunda, terceira e quarta gerações, caracterizados que são por critérios de justiça restariam mitigados frente a esta lógica, o que configura retrocesso. Portanto, mesmo que argumentos com aportes econômicos devam ser levados em consideração não podem sobrepor às conquistas jurídicas.⁴⁹

Salienta-se que a aplicação de princípios e normas de caráter mais aberto são uma realidade na aplicação e interpretação do Direito, contudo, o que se questiona é a utilização de valores jurídicos abstratos como tábua de salvação para fundamentar as decisões, sem se preocupar com os efeitos da decisão proferida.

No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas observam:

Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta

⁴⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb> Acesso em: 14 abr. 2019.

⁴⁸ NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁴⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb> Acesso em: 14 abr. 2019.

homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.⁵⁰

Grosso modo, a nova lei exige a incorporação da dimensão consequencialista da ação pública, tanto é assim o parágrafo único do artigo 20 da nova lei, estabelece que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

A intenção da nova legislação, segundo os seus defensores, é estabilizar e conferir exequibilidade às decisões do controlador, de modo que se tenha parâmetros mais claros a partir de suas decisões. É primordial destacar, entretanto, que a própria lei, que diz que não pode julgar com base em valores jurídicos abstratos, não conceitua o que seriam os valores jurídicos abstratos. Além disso, como bem lembra Fernando Rodrigues Martins, a nova lei contraria a legislação processual (CPC/2015), que em seu artigo 1º orienta que a interpretação daquela codificação seja guiada à luz dos valores e das normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.⁵¹

Sustentando que a nova legislação está em harmonia com o sistema jurídico, os autores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas asseveram que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessa exigência poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no artigo 2º, d e parágrafo único, d, ambos da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular)⁵². De outro lado, caso tal inobservância seja observada em provimento jurisdicional, tratar-se-á de decisão considerada sem fundamentação, nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC 2015⁵³, o que pode ensejar

⁵⁰ NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em 14 abr. 2019.

⁵¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb> Acesso em: 14 abr. 2019.

⁵² Confira-se: Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: d) inexistência dos motivos; grafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

⁵³ Veja-se: Art. 489, § 1º, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; II - empregar conceitos jurídicos

a sua nulidade, nos termos do artigo 1.013, parágrafo 3º, I, do CPC 2015⁵⁴. Em síntese conclusiva, os autores afirmam que exigir motivação robusta e compromisso com os efeitos é, no Estado Democrático de Direito, nada menos do que o mínimo essencial⁵⁵.

A nova legislação também está diretamente ligada ao princípio da eficiência, que estabelece a importância do planejamento nas escolhas públicas empreendidas pela Administração, de modo que seja sempre feito o máximo, como o mínimo de recursos, sejam financeiros, materiais ou até mesmo humanos.

É preciso considerar que a Constituição Federal, em seu artigo 174, estabelece que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Em suma, o mencionado artigo fala do planejamento da área econômica, indicativo para a iniciativa privada e mandatório para área pública. Daí resulta a menção de planos de várias naturezas. Para exemplificar, pode-se mencionar a tríade do direito financeiro: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA)⁵⁶.

Aliados aos fatores acima, ainda é preciso considerar o fator de inovação da escolha pública, com a ampliação dos temas e tarefas, previstas na Constituição Federal. Não era possível imaginar a Administração gerindo temas tão complexo. Logo, a Administração precisa atuar de forma cada vez mais ampla, sendo chamada a fazer escolhas em um cenário de incerteza, sem um conhecimento técnico da situação.

Não há dúvidas de que esse ambiente apresenta grandes dificuldades, principalmente quando no imaginário popular a Administração Pública tudo sabe e tudo conhece, e que está apta a dar as respostas corretas na hora certa. Porém, é preciso aceitar que a Administração pode

indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵⁴ Eis o dispositivo: Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

⁵⁵ NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁵⁶ Artigo Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

errar e que suas escolhas podem ser revistas. Para piorar a situação, os interesses são cada vez mais plurais. Há diversos interesses públicos. A maior dificuldade, portanto, vem justamente dessa tensão entre planejamento e escolhas públicas, no qual o gestor não consegue entender totalmente o problema, mas precisa apresentar uma resposta.

Por outro lado, no momento do controle já se tem uma situação mais concreta e aí a Administração tem medo de um controle mais severo. Surge então o que se convencionou chamar do Direito Administrativo do Medo. Cabe ressaltar que o tema será melhor discutido no capítulo final, quando se analisará o risco na Administração Pública. Por ora, basta ficar consignado que o fenômeno é responsável por uma paralisação no agir administrativo em razão do medo de ser punido pelos seus atos.

Também é preciso considerar quais são os reflexos da nova legislação na seara das contratações públicas. Em linhas gerais, Jessé Torres Pereira Junior apresenta um panorama das contratações públicas:

O cenário brasileiro da atividade contratual estatal oscila pendularmente entre dois extremos, aparentemente díspares do ponto de vista técnico e administrativo: segurança jurídica e flexibilidade de gestão. O primeiro impasse se revela na insatisfação com o elevado grau de insegurança jurídica gerada por legislação extensa e fragmentada, sujeita a conflitos de interpretação entre os agentes de sua aplicação e os agentes de controle interno e externo dessa aplicação (CF/88, art. 74), a provocar incertezas quanto à qualidade dos resultados obtidos a cada contratação, bem como à configuração e à extensão de responsabilidades administrativas, civis e penais daqueles agentes. Já o segundo extremo é evidenciado na suspeita de que a etiologia dessa insegurança jurídica advenha de uma cultura de gestão pública que não logra avanços expressivos, nem mudanças significativas, quaisquer que sejam as normas reguladoras que se adotem, ou seja, ou se promove a educação para o desempenho de uma fundamental ética de boa-fé objetiva na gestão dos contratos públicos ou esses sempre estarão expostos a desvios, qualquer que seja o seu quadro regulatório.⁵⁷

Nesse contexto, qualquer alteração do regime jurídico sobre licitações e contratos, mesmo que de forma residual como fez a Lei de Inovação Pública, terão que buscar por soluções que viabilizem segurança jurídica e flexibilidade de gestão de modo ético e inclusivo, possibilitando um constante diálogo entre Estado e sociedade, setor público e privado, gestores e controladores.

⁵⁷ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Retrotopia e sistema brasileiro de contratações administrativas: em busca de equilíbrio entre segurança jurídica e flexibilidade na gestão pública. In PINTO, Élide Graziane et al. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

E é nesse cenário que Jessé Torres Pereira Júnior argumenta que existirão alguns pontos sensíveis, dos quais se destaca:

As licitações e contratos administrativos devem resultar de sede jurídica formal que cumpra o devido processo legal, não apenas quanto a ritos, se não que, também, quanto à transparência, o que pressupõe protagonistas solidamente preparados, tanto técnica quanto eticamente, preparo esse exigente de treinamento prévio e permanente de todos os agentes públicos designados para atuar nesse segmento administrativo, qualquer que seja a modalidade de licitação, ou no desempenho nas funções de fiscalização e gestão de contratos, que se devem segregar e especializar; mecanismos eficientes para a prevenção de desvios e fraudes na definição do objeto a ser contratado e na estimativa de seu valor de mercado – que se há de fundar em ampla pesquisa em várias fontes –, de sorte a evitar direcionamentos e conluíus comprometedores da competitividade e da identificação da melhor proposta, que nem sempre será a de menor preço em face das peculiaridades do objeto, dos prazos e métodos de sua execução, com repercussão sobre os riscos e a duração do contrato.⁵⁸

Por tudo isso, o autor conclui que a agenda de debates precisa superar a aparente polarização entre segurança jurídica e flexibilização gerencial, como se fossem antípodas que se anulariam reciprocamente. Mas tal superação não pode ser empreendida em rota de tensionamento maniqueísta como aparentemente se concebeu nos debates que antecederam a edição da Lei nº 13.655/2018. Segundo ele, a simplificação do regime jurídico-administrativo, associada à qualificação técnica dos agentes, em conjunto com a busca pela eficiência dos sistemas de controle interno e externo e, sobretudo, o esforço amplo de integridade (*compliance*) nas relações entre Estado e contratados são os fatores que poderão elevar o padrão das contratações da administração pública brasileira pela via dialógica.⁵⁹

Por outra parte, Fernando Martins ressalta que a inovadora legislação descuidou de oportunidade ímpar: dispor integralmente sobre boa governança. Lembra o autor, que dentre os princípios que norteiam a boa governança, a legislação em comento deu ênfase apenas àquele que respeita aos processos de decisão fundamentados e claros. Todavia, a bem da democracia, a legitimidade e grandeza da gestão pública é alcançada quando se abandonam pretensos

⁵⁸ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Retrotopia e sistema brasileiro de contratações administrativas: em busca de equilíbrio entre segurança jurídica e flexibilidade na gestão pública. In PINTO, Élica Graziane et al. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵⁹ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Retrotopia e sistema brasileiro de contratações administrativas: em busca de equilíbrio entre segurança jurídica e flexibilidade na gestão pública. In PINTO, Élica Graziane et al. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

paradoxos (governo/oposição; maioria/minoria), adotando-se as melhores soluções legiferantes e éticas, independentemente da versão partidária ou institucional interna predominante.⁶⁰

Nota-se, assim, que a Lei de Inovação Pública trouxe uma série de discussões para o âmbito do Direito Público, notadamente em relação à utilização de conceitos abstratos e de responsabilização dos agentes públicos. Portanto, mesmo sendo prematuras as discussões, há de concordar que a legislação busca aperfeiçoar a sistematização do direito administrativo, mas saber se o fez de maneira acertada, só o tempo dirá.

1.3 O direito fundamental à boa administração pública

Diante da configuração do direito administrativo atual, narrado nos tópicos anteriores, ganhou força a ideia de alçar a boa administração à direito fundamental. Busca-se, a partir do texto constitucional, dentro da ótica de garantia e efetividade plena dos direitos fundamentais, o compromisso do direito administrativo com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos.

Todavia, a primeira grande questão relacionada ao direito fundamental à boa administração repousa na ausência de sua consagração de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Para solucionar o impasse é necessário detalhar o seu arcabouço no âmbito internacional e, depois, no cenário brasileiro.

Em relação a sua origem, Vanice Regina Lírio do Vale⁶¹ menciona que a conquista da boa administração, de forma expressa, ocorreu no direito internacional, que o reconheceu como princípio geral do direito pelas jurisdições do direito comunitário europeu. Com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foram consagrados direitos fundamentais que já eram reconhecidos internamente nos países que a compõe e, dentre esses direitos, consagrou-se o direito fundamental a uma boa administração.

O artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preceitua a existência do direito fundamental a uma boa administração, nos seguintes termos:

Artigo 41.º Direito a uma boa administração.

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

⁶⁰ MARTINS, Fernando. As alterações da LINDB e os desvios normativos na Teoria do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/fernando-martins-lindb-desvios-normativos-teoria-direito>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 60

2. Este direito compreende, nomeadamente:

-o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,

-o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

-a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados por suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.⁶²

Ainda no âmbito internacional, merece protagonismo o conceito-ideia de “*good governance*” (boa governação, bom governo, boa administração) apresentado por José Joaquim Gomes Canotilho:

Boa governança significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de atos por parte de outros poderes do Estado, como o Poder Legislativo e poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a “boa governança” recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões económicas. Por último, a *good governance* insiste, novamente, em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação.⁶³

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que o conceito apresentado é possuidor de grande potencialidade e pode abarcar inúmeras situações. Fica claro que a compreensão de *good governance* está diretamente ligada a questões de gerência económica e administrativa, elementos da governança corporativa que são transportados para a esfera pública.

Todavia, Canotilho enfatiza que a governação responsável também diz respeito à essência do Estado, pois o desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, envolve como elementos essenciais o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, incluindo o respeito pelos direitos sociais fundamentais, a democracia assente no Estado de Direito, o sistema de governo transparente e responsável.⁶⁴

⁶² UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: anotações relativas ao texto integral da Carta. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001.

⁶³ CANOTILHO, J.J. GOMES. “Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. Pag. 327.

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES. “Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a

Diante desse quadro, pode-se afirmar que a “*good governance*” não é uma singela política de organização de recursos financeiros ou a elaboração de práticas burocráticas, ao contrário, pode ser encarada como uma nova forma global de conduzir o Estado, respeitando os direitos humanos e os princípios basilares da democracia e do Estado de direito.

A “*good governance*” assume o protagonismo de um novo modelo de Estado, o chamado Estado Constitucional, que apresenta novos princípios, diferentes dos princípios tradicionais do Estado de Direito, são eles: princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura, visando encontrar soluções diversas de governo, desde as tradicionais atuações estatais, até aos novos e modernos procedimentos de negociação e participação; princípio da eficácia em que o Estado busque apresentar respostas rápidas e satisfatórias as necessidades sociais com base em objetivos claros, com avaliação do seu impacto futuro e tomando em consideração a experiência anterior; e, por fim, o princípio da democracia participativa, em que as instituições políticas têm o dever fundamental de dialogar com os cidadãos e outros órgãos representativos.⁶⁵

Uma vez apresentados os princípios norteadores, importante destacar, na visão de José Canotilho, os principais pontos em que se baseia a condução responsável pregada pela “*good governance*”. O primeiro deles é o aprofundamento do contexto político, institucional e constitucional, por meio da avaliação permanente do respeito aos direitos humanos, dos princípios democráticos e do Estado de Direito; o segundo caracteriza-se pela prevalência do desenvolvimento sustentável e equitativo que prima por uma gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros; o terceiro refere-se a escolhas de esquemas procedimentais e organizativos de boa governação, consistentes em processos de decisão claros pelas autoridades, instituições transparentes e responsáveis, uma gestão eficiente dos recursos públicos e a elaboração e aplicação de medidas especialmente destinadas a prevenir e a combater a corrupção.⁶⁶

Em vista dos argumentos apresentados, pode-se concluir que a “*good governance*” também não pode ser encarada como uma política de alocação de recursos financeiros e orçamentários. Trata-se, na verdade, de uma nova forma de administração, com protagonismo

historicidade constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.Pag. 328.

⁶⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.Pag. 331/332.

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.Pag. 329.

dos direitos humanos e o enquadramento dos direitos fundamentais como condição básica da boa governança.

Em uma visão mais prática, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sustenta:

O bom governo e a boa administração dos tempos em que vivemos não de estar comprometidos radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devem estar orientados a fomentar a liberdade solidária dos cidadãos. Para isso, é preciso que o governo e a administração pública trabalhem sobre os programas reais do povo e procurem buscar soluções escutando os setores atingidos.⁶⁷

No Brasil, no centro dessas discussões, destaca-se o pensamento de Juarez Freitas, que define boa administração como sendo:

Administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁶⁸

Com base no entendimento do autor, nota-se que a boa administração apresenta conceito muito próximo do *good governance*, haja vista que apresenta a ideia de não só governar com eficiência e probidade, mas também que o gestor estatal, no exercício da função administrativa, deve observar suas ações e ser responsabilizados por elas. Nota-se também o destaque para ampliação da participação social na administração pública.

A boa administração, ou o bom governo, almeja eleger a pessoa humana como centro do sistema jurídico, privilegiando a garantia de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, é o entendimento de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz:

Não posso deixar de sublinhar insistentemente a centralidade do indivíduo em meu entendimento da vida pública. O indivíduo real, a pessoa, com o conjunto de circunstâncias que o acompanham em seu entorno social, é o autêntico sujeito dos direitos e liberdades que na Constituição proclamamos. A esse homem, a essa mulher, com sua determinada idade, seu grau de cultura e de formação, maior ou menor, com sua procedência concreta e seus interesses particulares, próprios, legítimos, é a quem a Administração Pública serve. Ao serviço dessa pessoa concreta o aparato administrativo deve promover as condições para que exerça com a maior qualidade e profundidade suas liberdades.⁶⁹

⁶⁷ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Direito fundamental à boa administração. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pag. 16.

⁶⁸ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

⁶⁹ MUNOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Direito fundamental à boa administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 27.

Portanto, quando as pessoas são colocadas no centro do ordenamento, e como objetivo primordial da administração pública, estamos diante de um novo marco legal, que dialoga em busca de um consenso, em busca das melhores soluções.

Primordial destacar que, no Brasil, o direito fundamental à boa administração não está previsto expressamente em nenhuma legislação, contudo, não se pode negar sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

Prevalece o entendimento de que o direito fundamental à boa administração pública está inserido na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, III⁷⁰, que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, bem como no artigo 37, no qual consta a descrição dos princípios basilares da administração pública⁷¹ e a ideologia da máxima proteção da tutela do patrimônio público. A previsão decorre da interpretação da cláusula geral de abertura dos direitos fundamentais constante no artigo 5º §2º da Constituição Federal, de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁷²

Nessa perspectiva, Juarez de Freitas também afirma que o direito fundamental à boa administração (conceito enunciado em moldes brasileiros, sob a inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice), é norma implícita (feixe de princípios e regras) de imediata eficácia em nosso sistema, a impedir o controle “lato sensu” a enfrentar a discricionariedade fora ou aquém dos limites.⁷³

Também não se pode esquecer que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, do qual o Brasil é signatário desde 09/12/2003, ratificada no país pelo Decreto Legislativo 248/2005 e pelo Decreto Presidencial de 31/01/2006, também visa garantir o direito fundamental à boa administração, mesmo que não expreso literalmente.

A convenção em seu artigo 1 define quais são suas finalidades, a saber: Artigo 1. Finalidade. A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar

⁷⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁷¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. A administração pública e os direitos fundamentais. Palestra proferida na Escola da Magistratura do TRF- 4ª Região. Curso Permanente: Módulo II, Direito Administrativo. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf. Acesso em: 20 dez. 2016.

⁷³ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

É bom lembrar que as convenções internacionais têm o objetivo de reforçar a estrutura normativa de combate à corrupção, proibindo retrocessos nos instrumentos que defendem a probidade administrativa e exigindo que o país busque, cada vez mais, os parâmetros de boa administração estabelecidos pela comunidade internacional. Logo, quando o Brasil, como Estado Parte, assina um tratado internacional e este é inserido no ordenamento jurídico nacional, dele deve-se extrair a máxima eficácia, mormente quanto a um tratado de prevenção à corrupção que se alinha ao chamado direito fundamental à boa administração.

Não há como construir uma sociedade livre, justa e solidária para garantir o desenvolvimento nacional, erradicar-se a pobreza e a marginalização, reduzir-se as desigualdades sociais e religiosas e promover o bem de todos (art. 3º da Constituição Federal) em uma sociedade atingida pelos efeitos da corrupção e da má administração pública. Logo, a ideologia constitucional de probidade na Administração Pública deve ser compromisso finalístico e pragmático do Estado em todas as suas dimensões.⁷⁴

Diante desse contexto, é primordial que a Administração Pública restaure a confiança perdida e estabeleça uma pauta de providências para garantir a efetivação do direito fundamental à boa administração. Trata-se de providências inadiáveis, capazes de estabelecer uma nova agenda pública, voltada a medidas de longo prazo, com políticas públicas verdadeiramente ligadas ao Estado Constitucional.

Para Juarez de Freitas, o Estado Constitucional pode ser traduzido como estado das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis.⁷⁵ Essas escolhas devem pautar-se por programas consistentes de Estado e agentes executores de respeito, treinados e capacitados para a prestação do serviço público.

Em conexão com as considerações feitas, Vanice Valle alerta para o risco do direito fundamental à boa administração se perder em mera simbologia:

Se o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração é também manifestação da consolidação da lógica do constitucionalismo valorativo, que tem na pessoa o seu elemento central e com isso, subordina o agir estatal a esse mesmo vetor finalístico; também é prudente ter em conta o risco de que tal proclamação resulte em recurso meramente

⁷⁴ BERTOCINI, Mateus. Direito fundamental à probidade administrativa *in* FARIAS, Cristiano Chaves; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques. ESTUDOS SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

simbólico/retórico, que pouco ou nada acrescenta ao desenho constitucional.⁷⁶

A autora ainda acrescenta mais um alerta:

Enunciar um novo direito fundamental a boa administração só se releva útil como conquista, se revestido da clareza de que boa administração, muito mais do que uma questão de estrutura ou princípio, é uma questão de prática nas escolhas públicas. Governança é uma ideia que associa cidadania emancipada a boa administração e com isso fortalece o viver democrático.⁷⁷

É prioritário, por isso, que o direito fundamental à boa administração seja a luz que ilumina a construção da Nova Administração Pública brasileira. Isso se dará com a implementação de práticas de governança pública, como bem argumenta a autora, e conforme se analisará nos tópicos seguintes.

1.3.1 O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração.

Na intenção de se analisar a existência e as implicações práticas de um direito fundamental à boa administração no ordenamento jurídico brasileiro, é primordial buscar as origens de tal construção, notadamente com enfoque no princípio da eficiência, previsto expressamente na Constituição de 1988.

O princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal após a Emenda constitucional nº 19, popularmente conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, constitui hoje um dos pilares do modelo de administração pública gerencial já analisado.

Não obstante a relevância simbólica de ser alçado ao posto de princípio constitucional, seguindo uma lógica internacional⁷⁸, a menção à eficiência no direito administrativo não representou uma grande novidade, na medida em que ela era estudada como dever específico nas atribuições do administrador, como bem lembra Antônio Cesar A. Maximiano e Irene Nohara.⁷⁹

⁷⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à Boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum. Pág. 23

⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à Boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum. Pág. 28.

⁷⁸ O autor Bruno Miragem ressalta que a elevação do princípio da eficiência a princípio constitucional foi valor fundante de várias reformas do Estado ao redor do mundo. Como exemplo, menciona a semelhança no direito italiano. MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 38.

⁷⁹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 22

Todavia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que “a Reforma Administrativa se insere no quadro mais amplo da Reforma do Estado, como uma sequência de alterações de instrumentos de governo e de administração pública, visando à eficiência e à ética no trato da coisa pública”.⁸⁰ Logo, sua positivação como princípio simboliza a opção do legislador por dar uma nova face à Administração Pública brasileira.

Feitas essas considerações iniciais, torna-se oportuna a introdução de um primeiro conceito do princípio da eficiência:

O vocabulário liga-se a ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.⁸¹

Nota-se do conceito apresentado por Odete Medauar, segundo a qual a noção de busca de resultados rápidos e precisos, contrapondo-se a ideia de uma administração morosa, lenta e omissa, marcas do modelo burocrático já analisado no começo deste capítulo.

Em sintonia com as considerações acima citadas, também Fernando Martins define a eficiência como princípio que cumpre o “ideal” estatal, indicando que as demandas sociais e econômicas da população serão regularmente atendidas e implantadas, sem dispêndios maiores e de maneira rápida (senão automática), colocando o serviço público num patamar de excelência.⁸²

Dessa forma, interessante considerar que os deveres de transparência e controle do Estado, sob o prisma do princípio da eficiência, definem que a administração, a partir de uma noção de utilidade, não deve apenas avançar sobre a sociedade para tomar a si a realização de inúmeras atividades, adotando-as como novas tarefas públicas. É preciso que as realize bem. Eis o conceito de serviço adequado, expressão consagrada pelo direito brasileiro.⁸³

Também não se deve esquecer que a própria ordem jurídica e social, inaugurada com a Constituição de 1988, já impede a interpretação limitada de que o princípio se resume a uma verificação econômica da relação custo-benefício.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Pág. 01.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. Ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 127.

⁸² MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pag. 205.

⁸³ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág 09.

Eficiência administrativa não pode ser sinônimo de eficiência econômica, tendo em vista que a Administração Pública, diferente da iniciativa privada, não se norteia pela busca de lucro ou acumulação de bens materiais. Ao contrário, o Estado tem entre suas atividades garantir valores diversificados, sendo o de matriz econômica financeiro apenas um deles.

Para evidenciar esses aspectos Fernando Martins afirma:

Ademais, torna-se imperioso manifestar no sentido de que o princípio da eficiência não é absolutamente sinônimo de meios menos dispendiosos. A importância relevada do princípio respeita ao cotejo entre o resultado alcançado pelos meios mais adequados, sendo o aspecto econômico um dos elementos incutidos nessa avaliação, contudo não de forma a inviabilizar os direitos fundamentais da pessoa. É dizer que o “direito eficiente” (ou o “custo social do direito”), defendido ardorosamente pela famosa Escola de Chicago, não pode trazer restrições ou limitações aos direitos consagrados em cláusula constitucional pétrea. Eficiência é adequação de modo e resultado ótimo, sem restrição indevida aos direitos fundamentais.⁸⁴

Outro fator importante que deve ser considerado é a relação entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade. Para Odete Medauar “o princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade seria sacrificada”. Todavia, a autora enfatiza que os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.⁸⁵

Assim sendo, pode-se concluir que o princípio da eficiência se encontra diretamente ligado ao modelo de administração gerencial e ao direito fundamental à boa administração, haja vista que uma boa administração só se realiza com a aspiração de uma gestão pública eficiente.

Corroborando o já afirmado, em relação a comparação entre a eficiência e o direito fundamental à boa administração, merece destaque a síntese apresentada por Emerson Gabardo:

De qualquer forma, a tradição brasileira, inspirada de forma genérica na doutrina europeia, até mesmo antes da constitucionalização do princípio, assevera a equivalência entre os conceitos afins. Por exemplo, Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles e Adilson Abreu Dalarmi, há muito, estudavam o então o “dever de eficiência” que, traduzido do princípio do bom andamento ou boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional.⁸⁶

⁸⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pag. 208.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 11. Ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 128.

⁸⁶ GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência. São Paulo: Dialética, 2002. Pág. 102

Dado o exposto, pode-se concluir que a caracterização do direito fundamental à boa administração se dá principalmente a partir da perspectiva de controle da administração pública e do princípio da eficiência, com a análise de resultados da ação administrativa.

Finalizando essa abordagem inicial do princípio da eficiência, merece consideração as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Mas a eficiência é, sobretudo, um desafio a ser vencido, pois, no torvelinho das mudanças que, por vezes, não nos é dado sequer captar em seu sentido pleno, cabe-nos sempre a busca da melhor orientação científica, a mais razoável e a menos conflituosa, jamais ditada por simpatias políticas ou inclinações emocionais, mas pela firme convicção de que o Direito Administrativo deve e pode ser um instrumento orientado para a preservação da liberdade, para a realização dos direitos fundamentais e para a facilitação do desenvolvimento econômico e social.⁸⁷

Em suma, nota-se que o princípio da eficiência ainda comporta muitas discussões e aprofundamentos sobre os valores que representa enquanto princípio constitucional, significando sua efetivação um desafio cada vez mais pungente.

1.4 A abertura do direito administrativo para a governança pública

Em vista dos argumentos apresentados até aqui, faz-se oportuno concluir que nos tempos atuais, marcados pela descrença da população com a classe política e, conseqüentemente, com o serviço público, o bom governo ou a boa administração, pautados pelo princípio da eficiência, devem estar antenados com a busca de melhoras na condição de vida das pessoas.

A sociedade brasileira está em constante evolução, o que exige contínuo esforço de adaptação à nova realidade por parte da Administração Pública. Para tanto, é necessário buscar respostas novas aos novos e velhos dilemas, de maneira célere e eficiente. Trata-se de um eterno processo de evolução, que dificilmente se esgotará, uma vez que as mudanças na sociedade não se detêm jamais.

Nessa perspectiva, Bruno Miragem diz que a qualidade da atuação administrativa, mencionada no mais das vezes como qualidade de serviços públicos, é resultado direito da influência das técnicas de gestão privada sobre a administração pública.⁸⁸ Em decorrência da

⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade, eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pag. 121/122.

⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 46.

tendência narrada pelo autor, temos que considerar, especialmente, o tema referente a governança na administração pública. Bruno Miragem enfatiza que o tema da governança no setor público possui forte carga de mudança conceitual e ideológica do conteúdo e do modo de exercício da função administrativa pelo Estado.⁸⁹

Compreende-se então que o tema da governança é inserido na gestão pública buscando um aperfeiçoamento das condições que tornam um Estado eficiente. A ideia da governança no setor público está voltada a capacidade dos governantes de planejar, formular e implementar políticas públicas e cumprir suas funções.

Em outras palavras Vanice Valle ressalta:

Se uma das raízes da crise é a desesperança na representação e do desalento democrático, imperativo será caminhar, em pequenos, mas seguros passos, em favor de uma configuração de administração pública que reinvesta nesse mesmo ideal, sem abdicar de uma conquista histórica da humanidade. Investir, portanto, na ideia de governança importa em prestigiar à gestão pública compartilhadas, reinventando ao mesmo tempo, o potencial de contribuição de uma cidadania que se possa reconhecer como ativa, emancipando-se, como é próprio a um direito à boa administração que se afirma fundamental.⁹⁰

O autor Bruno Miragem arremata:

A adoção das técnicas de qualidade, originárias do setor privado, na Administração Pública, embora sofra críticas quanto à alegada desconsideração das distinções entre os objetivos do Estado e dos da iniciativa privada, parece-nos por demais benfazeja. Neste sentido, nota-se que se trata, no mais das vezes da adoção de ferramentas de gestão (atividades-meio), bem como da avaliação de resultados cuja adequada mensuração deverá contar, naturalmente, com a consideração dos objetivos de promoção do interesse público e de atendimento da população, que orientam a atuação administrativa. Em outros termos, a adoção de técnicas de qualidade pela Administração Pública visa a uma transformação profunda da cultura administrativa (introdução do modelo gerencial). Contudo, tal cultura de racionalidade gerencial não pode descurar dos demais aspectos que envolvem a Administração Pública contemporânea (participação, transparência, cidadania), sob pena de comprometer a própria legitimidade da atuação administrativa enquanto atividade destinada à promoção do interesse público e a prover as necessidades da população.⁹¹

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 51.

⁹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à Boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum. Pág. 25

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 47.

Além de buscar maior eficiência e resultados para a nova administração pública, as regras de governança também podem ser usadas para reforçar a estrutura normativa de combate à corrupção, proibindo retrocessos nos instrumentos que defendem a probidade administrativa e exigindo que o país busque, cada vez mais, os parâmetros de boa administração estabelecidos pela constituição e pela comunidade internacional.

Para alcançar tal finalidade as regras de governança corporativa das empresas voltadas para o controle e combate à corrupção podem representar importantes mecanismos para a administração pública, para tanto é preciso traçar um paralelo entre as regras de governança corporativa e governança pública de modo a identificar os pontos de convergência e os reais benefícios em sua aplicação, o que se pretende desenvolver no próximo capítulo.

De antemão, Vanice Regina Lírio do Valle, defende cautela na importação de modelos:

Evidentemente, se governança envolve um modelo de relacionamento entre Estado e sistema sociais, as aplicações desse mesmo ideal guardarão significativas variações tendo em contas as especificidades de cada realidade nacional – o que já permite antecipar os perigos de uma mera importação de modelos, despreocupada com as indispensáveis adaptações à historicidade e características culturais da sociedade brasileira.⁹²

Também o autor Jacques Chevalier nota que a ideia de governança se orienta por uma lógica distinta do direito. Enquanto este se exprime por intermédio de imperativos, comando obrigatórios provenientes de autoridade, a governança parte da ideia de pluralismo, interatividade e participação, com a finalidade de obter compromissos aceitáveis das partes envolvidas.⁹³

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos autores, alertando sobre a efetividade de tais medidas, o Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta:

De uns tempos para cá, os termos “boa administração” ou “bom governo” têm salpicado a vida das empresas e dos órgãos públicos de maneira crescente em uma tentativa de melhorar o conteúdo da própria atividade de governo ou administração. À altura do tempo em que estamos, não sabemos ainda se a emergência desse conceito nos principais documentos de estratégia empresarial ou pública está produzindo efeitos substanciais na maneira de dirigir. Talvez tenhamos que esperar algum tempo para saber se estamos ante uma moda passageira ou se, pelo contrário, nos encontramos frente a um aspecto permanente, material, que afeta o processo dinâmico da arte da direção ou do governo.⁹⁴

⁹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à Boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum. Pág. 54.

⁹³ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. Revista de Direito Público da Economia, n. 12. Belo Horizonte: Fórum, out-dez.2005, p.131.

⁹⁴ MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. Direito fundamental à boa administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012.Pág. 13.

Em suma, nas páginas que se seguem buscará as respostas para tais indagações, o que se dará com a análise da incorporação das regras de governança nas contratações públicas, buscando relaciona-la aos mecanismos de controle à corrupção, garantindo-se assim uma gestão pública responsável, que propicie maior qualidade da prestação de serviços públicos essenciais e que prime pela concretização do direito fundamental à boa administração. No processo de migração das boas técnicas de governança para as contratações públicas, será dado destaque ao elemento cultural do *compliance*, devidamente estudado nos tópicos que seguem.

02 GOVERNANÇA E COMPLIANCE.

2.1 Governança corporativa

Em primeiro lugar, partindo-se da exposição inicial é possível afirmar que inúmeras são as questões relacionadas à governança, seja as relacionadas com o setor privado (Governança corporativa) ou aquelas aplicadas ao setor público (Governança Pública).

De acordo com Antônio Maximiano e Irene Patrícia Nohara, governança é um termo introduzido pelo Banco Mundial para discutir as condições para que os Estados fossem eficientes. Foram condições para o financiamento dos Estados, diante da indagação sobre aspectos gerenciais e administrativos do Estado. Governança é desdobramento das ideias de ética e responsabilidade social.⁹⁵

Em relação a sua origem, Antônio Maximiano e Irene Patrícia Nohara lembram que a origem da governança se encontra na iniciativa privada, no chamado conflito de agência. O conflito de agência é um dos componentes da teoria da firma ou teoria do principal-agente. Nessa teoria, o principal (acionista ou proprietário) contrata agentes (executivos, conselheiros) para administrar a empresa. O conflito surge quando os agentes agem em seu próprio benefício, em detrimento dos interesses do proprietário. Quando o proprietário é a multidão de investidores privados de uma sociedade de capital aberto, o conflito de agência se multiplica. A má gestão prejudica esses inúmeros investidores, a reputação do mercado de ações e, no final das contas, a própria sociedade.⁹⁶

Nesse contexto, a governança corporativa pode ser conceituada como:

O conjunto de mecanismos que procuram assegurar o desempenho e a permanência da empresa, equilibrando os interesses de diferentes *stakeholders* – acionistas, administradores, clientes, fornecedores, financiadores, o governo e a comunidade. Como a governança corporativa focaliza a realização dos objetivos da empresa, sua abrangência é total – engloba todas as áreas da administração, dos planos e controles internos até a medição do desempenho e a transparência das práticas corporativas.⁹⁷

⁹⁵ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 70.

⁹⁶ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 70.

⁹⁷ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração

Em sentido semelhante, na definição dos autores Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti, pode ser assim conceituada: Guardiã de direitos das partes com interesses em jogo nas empresas; Sistema de relações pelos qual as sociedades são dirigidas e monitoradas; Estrutura de poder que se observa no interior das corporações e Sistema normativo que rege as relações internas e externas das companhias.⁹⁸

Seguindo a linha de pensamento dos autores, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também apresenta o seu conceito de governança corporativa:

A governança corporativa é o sistema segundo o qual as corporações de negócio são dirigidas e controladas. A estrutura da governança corporativa especifica a distribuição dos direitos e responsabilidades entre os diferentes participantes da corporação, tais como o conselho de administração, os diretores executivos, os acionistas e outros interessados, além de definir as regras e procedimentos para a tomada de decisão em relação as questões corporativas. E oferece também bases através dos quais os objetivos da empresa são estabelecidos, definindo os meios para se alcançarem tais objetivos e os instrumentos para se acompanhar o resultado.⁹⁹

Uma vez apresentados os conceitos iniciais, volta-se ao momento histórico do surgimento da governança corporativa.

No bojo dessa discussão, Antônio Maximiano e Irene Patrícia Nohara apontam que a discussão do tema da governança corporativa se intensificou nos Estados Unidos sobretudo na década de 1980, com reflexos na década de 1990. Isso se deu inicialmente pelo ativismo societário de fundos de pensão, insatisfeitos com a concentração decisória dos diretores-presidentes de companhias, que tinham acentuada influência nos Conselhos de Administração. O ativismo societário veio a reivindicar mais poder aos acionistas minoritários, mas não impediu a ocorrência de escândalos como a falência do banco Barings, em 1995 e, em seguida, as fraudes ocorridas na Euron, que, nos Estados Unidos, em 2002, estimularam a criação da Lei Sarbanes-Oxley (SOX), diploma responsável pela intensificação de bons padrões de governança corporativa no gerenciamento de risco das sociedades.¹⁰⁰

Além dos casos narrados, ocorreram várias outras situações simultâneas que contribuíram para o despertar e para os avanços da governança corporativa nos últimos anos.

e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70.

⁹⁸ ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 138.

⁹⁹ OCDE. **OECD principles of corporate governance**. Paris: OCDE, 1999.

¹⁰⁰ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70.

Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti evidenciam que as transformações pelas quais passaram as economias de todo mundo estão entre elas. Como a governança nasceu no mundo ocidental, são particularmente fortes os seus vínculos com as transformações pelas quais passou o sistema capitalista, ao longo de sua formação histórica e em especial no último século.¹⁰¹

Justifica-se então a importância de aprofundar na formação desse sistema e das razões pelas quais a governança corporativa se estabeleceu, definitivamente, como uma prática indissociável de sua evolução.

A assimilação e a prática de boas práticas de governança corporativa tornaram-se um dos movimentos mais importantes do sistema capitalista, do mundo corporativo e da ciência da administração nesta última virada do século, em todos países de todos os continentes – das potências econômicas estabelecidas aos dinâmicos emergentes.¹⁰²

Especialmente no Brasil, são três as principais organizações que se ocupam da governança corporativa: a Comissão de Valores Mobiliários (CMV), a BM&BOVESPA (Bolsa) e o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Além desses três protagonistas, a governança corporativa no Brasil é objeto de legislação, especialmente da Lei das Sociedade Anônima (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e da Lei Anticorrupção (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013). Além disso, as empresas estrangeiras que atuam no Brasil estão sujeitas à legislação sobre governança de seus países. Ao mesmo tempo, as empresas brasileiras que atuam no exterior também estão sujeitas a essa legislação.¹⁰³

Levando-se em consideração esses aspectos, pode-se afirmar que a governança corporativa não é um modismo a mais. Seu desenvolvimento, como visto, tem raízes firmes. E sua adoção tem fortes razões para se espalhar cada vez mais.

Os autores Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti enfatizam que as organizações multilaterais, como as Nações Unidas e a OCDE, veem as boas práticas de governança corporativa como pilares da arquitetura econômica global e um dos instrumentos do desenvolvimento, em suas três dimensões – a econômica, a social e a ambiental.¹⁰⁴

Em suma, a governança corporativa compreende os meios de participação e atendimento dos interesses corporativos, mas também atende aos anseios da sociedade.

¹⁰¹ ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 99.

¹⁰² ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 99.

¹⁰³ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70/71

¹⁰⁴ ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 99.

2.1.1 - Princípios básicos de governança

Como visto no tópico anterior, a governança corporativa pode ser caracterizada como o sistema pelo qual as organizações são monitoradas, dirigidas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, diretoria e órgãos de fiscalização.

Nesse contexto, é importante apresentar quais são os princípios básicos da governança corporativa, responsáveis por alinhar interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade.

Inicialmente, antes de apresentar os princípios, é preciso considerar a origem deles. Conforme o ensinamento de Antônio Maximiano e Irene Nohara¹⁰⁵, os fundamentos da governança corporativa foram criados por três iniciativas principais: o relatório de Cadbury, os Princípios da Governança Corporativa da Organização para a Cooperação e do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Lei SOX.

Primeiramente o Relatório de Cadbury, que propõe recomendações sobre a organização dos conselhos de acionistas e dos sistemas de contabilidade das empresas para evitar riscos e problemas da governança corporativa. O relatório criou as bases para os códigos que vieram em seguida. O relatório trata, principalmente, da organização e do trabalho do conselho de acionistas, da auditoria dos sistemas de contabilidade e da conduta dos contabilistas, dos direitos e deveres dos acionistas. A parte que trata do conselho de acionistas é sintetizada em código de melhores práticas. O código tem por base três princípios: abertura (*openness*) ou transparência das informações; integridade das pessoas; e responsabilidade (*accountability*) dos membros do conselho em relação aos acionistas. A responsabilidade é eficaz quando os membros do conselho dão informações de qualidade para os acionistas, que devem exercer suas responsabilidades como proprietários.

Já o documento intitulado Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades, de 1999, é referência da OCDE para a Governança Corporativa. Orientado a princípio para a gestão das empresas de seus países-membros, o documento influenciou as concepções sobre a governança corporativa em todo o mundo. Em 2004 foi publicada uma edição da revista do Princípios. Em essência, os princípios tratam de temas como os direitos dos acionistas, tais como direito à informação e à participação no governo da empresa, e a correspondente

¹⁰⁵ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70.

obrigação dos gestores de divulgar as informações relevantes, os tipos de informações de divulgação obrigatória (situação financeira da empresa, remuneração dos executivos e conselheiros etc.), o controle do mercado sobre as sociedades, entre outros.

Finalmente, a Lei Sarbanes-Oxley, também conhecida como Sox ou Sarbox, Lei da Reforma Contábil das Empresas Abertas e da Proteção do Investidor (no Senado Americano) e Lei da Accountability e Responsabilidade Corporativa e da Auditoria (na Câmara Federal Americana) foram promulgadas pelo Congresso Americano em 2002. A lei foi criada como forma de proteger os investidores e a sociedade, depois de escândalos e fraudes contábeis que provocaram prejuízos de bilhões de dólares e a perda da confiança no mercado de ações. Diversos países decidiram seguir o exemplo americano e promulgaram leis similares. A lei é composta de onze capítulos que se dividem em seções, dos quais se destaca os principais pontos: proibição das empresas de auditoria e consultoria de prestar os dois tipos de serviços para um mesmo cliente, evitando conflitos de interesses; previsão de que os executivos principais assumam responsabilidade individual pela precisão e integralidade dos relatórios financeiros corporativos; e previsão de punições para os crimes de manipulação, destruição ou alteração de registros financeiros ou qualquer tipo de interferência com investigações.¹⁰⁶

Feitas essas considerações, torna-se fundamental a análise dos princípios.

Em primeiro lugar o princípio da transparência (*Disclosure*), segundo o qual mais do que a obrigação de informar e o desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. A adequada transparência resulta em um clima de confiança, tanto internamente quanto nas relações da empresa com terceiros. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem a criação de valor.¹⁰⁷

Em segundo, apresenta-se a equidade (*fairness*), que se caracteriza pelo tratamento justo de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*). Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis.¹⁰⁸ Com base em tal princípio é que se garante o respeito aos direitos dos minoritários, por participação equânime

¹⁰⁶ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70

¹⁰⁷ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009. Pág. 19.

¹⁰⁸ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009. Pág. 19.

com a dos majoritários, tanto no aumento da riqueza corporativa, quanto nos resultados das operações, quanto ainda na presença ativa em assembleias gerais.¹⁰⁹

A Prestação de Contas ou *accountability* consiste no princípio segundo o qual os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões.¹¹⁰

O Princípio da Responsabilidade Corporativa estipula que os agentes de governança devem zelar pela sustentabilidade das organizações, visando a sua longevidade, incorporando considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações.¹¹¹

Por fim, o último princípio do *Compliance*, que espera conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país.¹¹²

O *compliance* (conformidade) significa agir de acordo com os princípios e normas da governança corporativa. É tamanha a sua importância que se transformou em órgão especializado nas grandes empresas e até mesmo em profissão. Atualmente, os profissionais e departamentos de *compliance* trabalham para assegurar que as normas sejam seguidas e, também, de forma preventiva, monitorando os processos para evitar fraudes, corrupção ou outros tipos de eventos que possam comprometer os interesses das partes interessadas. *Compliance*, como forma de ação, é um dos mecanismos da governança corporativa, e terá atenção especial nos tópicos futuros.

Diante de todo o exposto, pode-se inferir que os valores apresentados acima, podem ser localizados nos principais conceitos usuais de governança corporativa. Por outro lado, os valores também devem estar expressos nos códigos de boas práticas, que preveem critérios fundamentais na conduta ética que deve reger a governança das empresas.

Urge, portanto, que das empresas, a governança corporativa migrou para outros tipos de organização, como órgãos de governo, organizações não governamentais e organizações sem finalidade lucrativa.

¹⁰⁹ ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 140-141.

¹¹⁰ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009. Pág. 19.

¹¹¹ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009. Pág. 19.

¹¹² ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 140-141.

2.2 Governança pública

Antes de mais nada, é primordial apresentar um conceito de Governança Pública, para tanto se socorre os autores João Augusto Ribeiro Nardes, Cláudio Sarian Altounian e Luis Afonso Gomes Viera:

A governança pública é a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão de suas políticas ou serviços para atender às demandas da população, utilizando-se de um conjunto de instrumentos e ferramentas adequadas. Em outras palavras, governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de: assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais; selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas; articular a ação de todos os agentes públicos e privados; alcançar e controlar os resultados previstos; estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foi alcançado; e divulgar todas essas etapas à sociedade.¹¹³

Já para Antônio Maximiano e Irene Nohara, na Administração Pública, governança tem o mesmo sentido que nas empresas privadas, sendo, grosso modo, o conjunto de mecanismos destinados a assegurar o interesse dos cidadãos usuários de serviços públicos e da sociedade de forma geral.¹¹⁴

Nota-se, assim, que o tema da governança é inserido na gestão pública buscando um aperfeiçoamento das condições que tornam o Estado mais eficiente. A ideia da governança no setor público está voltada a capacidade dos governantes de planejar, formular, implementar políticas públicas e cumprir suas funções.

Alinhado ao que foi dito, o Banco Mundial preconiza uma série de seis conjuntos de indicadores para a governança pública, são eles:

1-Expressão e responsabilização – esse indicador abrange a medida em que os cidadãos de um país são capazes de participar na seleção de seu governo, bem como pela liberdade de expressão, a liberdade de associação e a liberdade dos meios de comunicação; 2- Estabilidade política e ausência de violência/terrorismo- esse indicador mede as percepções sobre a probabilidade de instabilidade política e/ou violência com motivação política, incluindo o terrorismo; 3- Eficácia do governo – esse indicador abrange percepções sobre a qualidade do funcionalismo público e o grau de sua independência em relação às pressões políticas, a qualidade do processo de formulação e implementação das políticas e a credibilidade do compromisso do governo com essas políticas; 4- Qualidade do marco regulatório – esse indicador abrange percepções sobre a capacidade de o governo formular e implementar boas políticas e

¹¹³ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. Governança Pública: o desafio do Brasil. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pag. 177.

¹¹⁴ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 70

regulamentos que permitam e promovam o desenvolvimento do setor privado: liberdade de investimento, facilidade para abrir empresas, controle de preços, barreiras ao comércio etc.; 5- Estado de Direito – esse indicador abrange percepções sobre o grau em que os agentes confiam e se amoldam às regras da sociedade e, em especial, a qualidade do *enforcement* dos contratos, os direitos de propriedade, a polícia e os tribunais, assim como a probabilidade de crime e violência; 6- Controle da corrupção – esse indicador captura as percepções do grau em o Poder Público é exercido em benefício do lucro privado, incluindo pequenas e grandes formas de corrupção, assim como a apropriação do Estado pelas elites e pelos interesses privados.¹¹⁵

No Brasil, o Decreto nº 9.203/2017, dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O artigo 2º define como governança pública o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. Já o artigo 3º do, estabelece como princípios da governança pública: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI – transparência.

Faz-se mister salientar que o Ministério da Justiça e Segurança Pública publicou, em 29 de janeiro de 2019, a Portaria nº 86/19, estabelecendo o Sistema de Governança do ministério. De acordo com a portaria, a medida tem por objetivo organizar o processo decisório quanto à gestão estratégica, gestão de riscos e controles internos, integridade, gestão de políticas públicas, transparência e gestão administrativa.

A medida também cria Comitê de Governança Estratégica que, dentre outras competências, será o responsável por definir as diretrizes estratégicas do ministério; aprovar e promover práticas e princípios de conduta e padrões de comportamento e apoiar a inovação e a adoção de boas práticas de gestão de governança, de riscos e controles internos e de integridade. Pela norma, a participação no CGE será considerada serviço público relevante, não ensejando remuneração adicional para esta finalidade.

Além desse comitê, a portaria também prevê a criação da Comissão Técnica do Comitê de Governança Estratégica - CT-CGE; do Comitê de Governança Administrativa – CGA; da Comissão Executiva do Programa de Integridade do Ministério da Justiça e Segurança Pública - CEPI, do Comitê Gestor de Tecnologia da Informação e Comunicação – CTIC.

¹¹⁵ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 70

Sobre a comissão de integridade, recentemente, a CGU concedeu prazo para autarquias, fundações e ministérios criarem programas anticorrupção. De acordo com esta portaria, esta comissão será responsável por elaborar e propor diretrizes, metodologias e mecanismos de controle relacionados à integridade e coordenar e assessorar a implementação de metodologias e instrumentos do programa de integridade do ministério. A CEPI se reunirá bimestralmente para avaliar os resultados dos trabalhos e, se necessário, revisar o plano de integridade do Programa.¹¹⁶

Não se pode deixar de lembrar que um dos trabalhos mais relevantes sobre o estado da governança pública no Brasil é o Referencial Básico de Governança, elaborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e aplicável a órgãos e entidades da administração pública.

O documento reúne e organiza boas práticas de governança pública para entidades públicas. De acordo com o referencial, a boa governança pública pressupõe a existência de uma liderança forte, ética e comprometida com os resultados; de uma estratégia clara, integrada, eficiente e alinhada aos interesses sociais; e de estruturas de controles que possibilitem o acompanhamento das ações, o monitoramento dos resultados e a tempestiva correção de rumos, quando necessário.

O material, distribuído em 5 capítulos, apresenta a síntese dos conceitos de governança, as práticas, os princípios, as diretrizes e os componentes de governança que são aplicáveis aos órgãos e entidades da administração pública federal.¹¹⁷

De mais a mais, os princípios, com algumas variações, são quase os mesmos da governança corporativa e previstos em normas próprias, são eles: a legitimidade, a equidade, a responsabilidade, a eficiência, a probidade, a transparência e a *accountability*. Destaca-se a inclusão dos princípios da probidade e da eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal.¹¹⁸

Esta exposição põe em evidência que a *accountability* faz parte do vocabulário introduzido pela governança corporativa na governança pública. Como já mencionado, a *accountability* diz respeito à prestação de contas do gestor, de forma transparente, à rede de

¹¹⁶ Moro estabelece Sistema de Governança do ministério da Justiça. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI295326.71043-Moro+estabelece+Sistema+de+Governanca+do+ministerio+da+Justica>. Acesso em: 14 abr. 2019.

¹¹⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Brasília. 2014. p. 31.

¹¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

partes interessadas das organizações da Administração Pública.

Na percepção de Antônio Maximiano e Irene Nohara, é a palavra inglesa que, se tivesse tradução para o português, seria similar a responsabilização:

Responsabilização é diferente de responsabilidade. Responsabilidade significa atribuição, encargo; responsabilização significa responder pelas consequências dos atos e decisões. Pode-se também traduzir como prestação de contas. Quando uma pessoa é *accountable*, significa que ela responde pelo que acontece; ou presta contas do que acontece- especialmente se acontece alguma coisa errada; se um processo, decisão ou qualquer espécie de comportamento estiver fora do *compliance*.¹¹⁹

Os autores ainda destacam que há três formas principais de *accountability*:

Accountability horizontal – fiscalização e controle mútuo dos Três Poderes, por meio de órgãos legalmente instituídos para exercer essas funções – sistema de checks and balances (freios e contrapesos) estabelecidos na Constituição, Tribunal de Contas, Ministério Público, controladorias e agências fiscalizadoras. Trata-se de ação entre iguais; Accountability vertical- Ação entre desiguais, é o controle dos políticos e governos pelos cidadãos, por meio de plebiscito, referendo e voto. Os cidadãos são as partes interessadas e os políticos e governos são seus agentes. Os agentes têm a responsabilidade de agir com transparência e são responsabilizados (*accountable*) por seus atos pelos representados; Accountability social ou societal – Também está ligada aos cidadãos, mas não ao voto; depende da participação de entidades representativas da sociedade civil, como associações, sindicatos, imprensa e organizações não governamentais. Relaciona-se com a governabilidade e com o corporativismo.¹²⁰

Com efeitos, a *accountability* ou prestação de contas, está diretamente ligada à cidadania e qualidade da Administração Pública ou do governo. Se a governança compreende normas que devem ser seguidas pelos gestores, a *accountability* é a garantia da qualidade da gestão pública.

O termo está associado a modificação de pensamento dos servidores públicos que devem buscar o melhor resultado e se sentir responsabilizados pelos resultados alcançados. O servidor público deve sentir-se parte do problema e da solução dele. Enfim, buscar sempre o melhor resultado para o cidadão.

Em conexão com as considerações acima citadas, Bruno Miragem afirma que são premissas para o êxito de um modelo de governança no setor público o dever de prestação de contas de gestores e sua responsabilização pelo conteúdo e alcance das decisões que adotarem (*accountability*)¹²¹. Trata-se, pois, de instrumento legítimo de controle da atividade privada,

¹¹⁹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 74.

¹²⁰ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 74.

¹²¹ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

que é transportado para o setor público, de modo a aferir a regularidade das condutas dos gestores públicos assim como os objetivos a serem perseguidos e os resultados almejados.

As autoras Cristiana Fortini e Ariane Shermam, por sua vez, argumentam que a governança certamente não é panaceia, vez que se trata de mais um instrumento de aprimoramento da gestão, porém legisladores e gestores públicos não devem ignorar seu potencial para aperfeiçoar a gestão pública.¹²²

Em suma, as técnicas de governança pública estão diretamente ligadas aos mecanismos de controle da administração pública, garantindo-se assim uma gestão pública responsável, que propicie maior qualidade da prestação de serviços públicos essenciais e conseqüentemente melhores condições para receber investimentos estrangeiros.

2.3 Governança e programas de *compliance*

De tudo que foi exposto nos itens anteriores, não restam dúvidas de que a governança pública deve ser inspirada pelos valores de governança corporativa. Entretanto, a situação é um pouco mais complexa, pois não se pode esquecer do princípio democrático, que norteia o controle social de um Estado Democrático de Direito.

Feita a ressalva acima, imprescindível mencionar que no processo de migração das boas técnicas de governança corporativa para o setor público destaca-se o elemento do *compliance*.

O *compliance* é um dos pilares da governança corporativa, juntamente com a confiança e transparência (*disclosure*); a equidade (*fairness*), sintetizada na lealdade dos administradores para com os interesses da companhia; e a prestação de contas (*accountability*), relacionada à exposição pública das contas aos interessados no negócio, bem como a responsabilidade dos gestores e subordinados por qualquer ato praticado. Quando bem implementado e disseminado, o *compliance* só promove benefícios, entre os quais, se destaca a redução de custos com passivos judiciais, neutralização de riscos de sanções administrativas, planejamento e redução de carga tributária do negócio, maior segurança jurídica nas relações comerciais com clientes, parceiros, fornecedores e *stakeholders*; conquista de maior credibilidade e bom relacionamento com os órgãos de fiscalização; proteção e melhoria da imagem institucional da empresa junto ao mercado, investidores e acionistas; e aumento da competitividade e lucratividade do negócio.¹²³

¹²² FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

¹²³ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 25.

Faz-se oportuno, portanto, distinguir o que significa *compliance*. Em primeiro lugar, o termo *compliance* originário da expressão anglo-saxã *to comply*, exprime, em sentido literal, o sentido de “agir de acordo com uma regra ou um comando”. Dessa forma, *compliance* constitui a obrigação de cumprir, de estar em conformidade ou, ainda, fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização¹²⁴.

Marcos Assi destaca que os programas de *compliance* tiveram início nos anos de 1960, quando a Securities and Exchange Commission (SEC) passou a insistir na contratação de oficiais de conformidade (*compliance officers*), justamente para a criação de procedimentos internos de controle, capacitação de pessoal e na implementação de monitoração das operações, com o objetivo de auxiliar as áreas de negócios a obter a efetiva supervisão, portanto, o mercado financeiro acabou sendo o primeiro setor a exigir a regulamentação das empresas para obter credibilidade dos investidores e dar segurança às ações. Em 1980, as atividades de *compliance* se expandiram para as demais atividades financeiras no mercado norte-americano e, em 1990, diversas organizações públicas e privadas passaram a adotar os processos de conformidade, mas bem aquém dos que vemos atualmente. Ainda assim, esse foi um início, justamente para que as regras essenciais, mesmo que básicas, fossem utilizadas para demonstrar a transparência das atividades corporativas.¹²⁵

Marcelo Assi aponta que em 1998 começou a era dos controles internos, em que o Comitê da Basileia, em sua publicação dos 13 Princípios da Supervisão pelos Administradores e Cultura/Avaliação de Controles Internos, tem como principal fundamento a “ênfase na necessidade de Controles Internos efetivos e a promoção da estabilidade do Sistema Financeiro Mundial.”¹²⁶

O autor enfatiza que, no Brasil, iniciou-se com a publicação, pelo Congresso Nacional, da Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre crimes de lavagem e ocultação de bens, a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para os atos ilícitos previstos na referida lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a unidade de inteligência financeira brasileira, órgão integrantes do Ministério da Fazenda. Este órgão possui um papel central no sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, tendo a incumbência legal de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar

¹²⁴ BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.84.

¹²⁵ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 20.

¹²⁶ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 21.

penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas. O Conselho Monetário Nacional, adotando para o Brasil os conceitos dos 13 Princípios Concernentes à Supervisão pelos Administradores e Cultura/Avaliação de Controles Internos do Comitê Basileia, publicou a Resolução nº 2.554/98, que dispõe sobre a implantação e a implementação de sistema de controles internos.¹²⁷

Também não se deve esquecer de outro importante marco legal, no âmbito internacional, que contribuiu de maneira significativa para que o *compliance* se consolidasse como instrumento de ética e integridade nos negócios, trata-se da lei norte-americana *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), promulgada em 1977, cujo propósito era controlar o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros e, assim, restaurar a credibilidade do mercado interno nos Estados Unidos.

De acordo com Rogério Sanches e Renee Souza, após a edição de leis internacionais, sobretudo norte-americana (FCPA) e inglesa (UK Bribery Act), que passaram a exigir que as empresas apresentassem um programa geral de adequação de suas normas e práticas a determinados marcos legais comuns ao setor em que atuavam, na economia, o termo *compliance* popularizou-se e ganhou significado próprio. Passou a designar conformidade com as regras, sejam leis, valores morais ou éticos, razão pela qual passou a ser um conceito de comportamento moral e de honestidade.¹²⁸

Especialmente sobre a Lei FCPA, os autores ressaltam que é a principal lei americana anticorrupção. Aprovada em 1977 é considerada modelo para todo o mundo como lei anticorrupção, porque proíbe, rigorosamente, o pagamento de subornos a representante de governos estrangeiros com a finalidade de obter, reter ou direcionar um negócio. A lei proíbe não somente o pagamento de dinheiro, mas também de qualquer vantagem econômica, como doações, patrocínios, ofertas de emprego ou presentes em geral como viagens, refeições ou objetos em si, destinados ao benefício pessoal do agente público ou membros de sua família. A lei ainda alcança partidos políticos, políticos ou candidatos políticos (incluindo seus familiares).

129

Feitas essas primeiras observações, cabe agora questionar o que significa “ser” e “estar” em *compliance*? Ser *compliance* é conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir o quanto são fundamentais a ética e a idoneidade

¹²⁷ ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 21.

¹²⁸ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 93/94.

¹²⁹ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 95.

em todas as atitudes e tomada de posição. Estar em *compliance* é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. Ser e estar *compliance* é, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro da instituição. A função de *Compliance* é abordar a integração das boas práticas de Governança Corporativa e de Gestão de Riscos que possibilitem a realização de todo gerenciamento e monitoramento necessários objetivados por empresas de todo o mundo. *Compliance* está relacionado ao investimento em pessoas, processos e conscientização. Por isso é tão premente a conscientização geral da importância sobre “ser e estar em *compliance*”¹³⁰.

Integrar as atividades de Governança Corporativa, Gestão de Riscos e *compliance* significa entender as exigências dos “*stakeholders*” de uma instituição financeira e seus investimentos em termos de desempenho e conformidade, alinhando a instituição financeira e seus investimentos na entrega desses objetivos em retribuição ao apetite pelo risco e a tolerância deste¹³¹.

No bojo dessa discussão, Antônio Maximiano e Irene Nohara afirmam que o processo de *compliance* é o mecanismo que compara a conduta do Governo e da Administração Pública (qualidade real) com as normas e princípios da governança (qualidade planejada). Quanto mais alta a conformidade, mais alta a qualidade dos gestores. Quando a organização é pública, há um fator ainda mais complexo: o povo deve ser, conforme a noção de soberania popular, o principal destinatário dessa prestação de contas.¹³²

Cumprir evidenciar que, no plano prático, a elaboração de códigos de ética, a garantia do acesso à informação, a criação de canais de comunicação, somado as legislações anticorrupção, aos mecanismos de gestão participativa e todo o aparato de controle – auditorias, Ministério Público e os Tribunais de Contas – representam o agir de forma preventiva quanto corretiva para assegurar a *compliance* dos gestores públicos.

Observa-se que todos esses mecanismos têm forte ligação com os de controle da Administração Pública.

Apesar de tudo, deve-se ainda ressaltar que o termo *compliance* ainda está muito vinculado à ideia de cumprimento de leis, de conformidade jurídica. Ocorre que o *compliance* é muito mais do que isso, pois deve ser entendido como um instituto que transcende a mera

¹³⁰ Associação Brasileira de Bancos Internacionais - ABBI. Documento Consultivo “Função de Compliance”, 2009. p.04-09. Disponível em: <www.abbi.com.br>.

¹³¹ Associação Brasileira de Bancos Internacionais - ABBI. Documento Consultivo “Função de Compliance”, 2009. p.16. Disponível em <www.abbi.com.br>.

¹³² MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 73/74

conformação/cumprimento de obrigações, se aproximando mais à ética substancial (material), a qual é regida quase sempre por princípios não necessariamente positivados, mas que guiam o comportamento dos membros de uma organização.¹³³

Assiste razão ao autor, pois de fato o *compliance* é muito mais do que simplesmente estar em conformidade com a norma. A simples edição da norma não garante o seu cumprimento, e nem mesmo a previsão de sanções pelo descumprimento levam a uma obediência espontânea.

Para tanto, como bem defende Herman Benjamin, é mister ultrapassar os confins da norma, dela se utilizando como ponto de partida para um exame mais amplo dos complexos fenômenos jurídicos, sociais, políticos, econômicos e científicos que lhe deram origem, são sua razão de ser e podem, afinal, determinar sua viabilidade e utilidade social.¹³⁴

É inocente acreditar que a promulgação de uma nova lei leva automaticamente a solução do problema que lhe deu origem. Na verdade, a promulgação, como momento formal, nada mais representa que o ponto inicial de uma trajetória. Nesse panorama, infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação.¹³⁵

Partindo dessa premissa, Herman Benjamin, lembra que o conflito é inerente à convivência humana:

As aspirações do ser humano, materiais ou espirituais, além dos limites impostos pela natureza das coisas, operam em fronteiras delimitadas por desejos ou necessidades de outro ou outros indivíduos. Naquele primeiro caso, o conflito tem uma conotação eminentemente individual ou, quando muito, plural. Neste, diversamente, o conflito adquire ares de supraindividualidade. Na gestão desses conflitos – individuais ou supraindividuais – o Estado faz uso de *duas* técnicas correlatas e interdependentes²⁴: a) *regulação ou normatização* de condutas (= *regulation*) e b) *implementação legal* (= *enforcement*), que visa assegurar o respeito, obediência ou cumprimento legal (= *compliance*).

De acordo com esse quadro, o *compliance* significa, tecnicamente, o respeito à lei, o cumprimento integral das exigências legais, ou seja, a adequação dos sujeitos-destinatários aos

¹³³ SILVA, Caroline Rodrigues da; OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Manual das estatais: questões jurídicas, práticas e essenciais de acordo com a lei 13.303/2016 [livro eletrônico]. - Curitiba: Editora JML, 2019.

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>. Acesso em: 09 de mar. 2019.

¹³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>. Acesso em: 09 mar. 2019.

comportamentos e padrões estatuídos. Todavia, o processo de cumprimento a lei não é pacífico, pois não se tem uma fórmula universal que obrigue o destinatário à obediência legal.

Em consequência, Herman Benjamin afirma que o direito brasileiro finalmente desperta para a importância da implementação legal, em pé de igualdade com a atividade legisladora. A prioridade de todos, mais ainda do Poder Público, deve ser o cumprimento da legislação sem privilégios, fazendo-a valer contra todos, desde o mais humilde caçador ao mais poderoso industrial. Isso é essencial à democracia.¹³⁶

Torna-se necessário, pois, definir o *compliance* como um valor que guia à aplicação verdadeiramente da lei, alcançando, assim, seus objetivos e finalidades, motivo de sua própria edição.

Afinal, como bem conclui Herman Benjamin, “a norma jurídica só é boa quando tem um impacto no cotidiano. Do contrário, perde, inteiramente, sua legitimidade”.

Por fim, é interessante considerar que a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) adotou a expressão programa de integridade para denominar o *compliance*, muito embora não tenha definido inteiramente.

Por isso mesmo, Rogério Sanches Cunha e Renee Souza são categóricos em afirmar que essa imprecisão conceitual acerca do que seja programa de integridade ou *compliance* aproxima o instituto daquilo que se convencionou chamar no direito de conceito jurídico indeterminado, que são institutos jurídicos cujo conteúdo deve ser valorado, caso a caso, pelo julgador, tomando como base os dados concretos da situação em apreciação.¹³⁷

Os autores enfatizam:

Os conceitos jurídicos indeterminados são comuns ao atual modelo constitucional na qual se insere o direito, uma vez que a dinâmica dos acontecimentos da vida moderna impossibilita que todas as situações sejam previstas em leis. Alguns desses conceitos abertos possibilitam que a interpretação das normas seja permeada por valores éticos, de modo a evitar que, em nome do frio cumprimento da lei, sejam validados atos incompatíveis com os ideais de uma vida moderna virtuosa.¹³⁸

Na lição de Luís Roberto Barroso, a adoção de conceitos abertos e indeterminados é fruto da superação do formalismo e do positivismo jurídico, o que resultou na cultura jurídica pós-positivista, caracteriza pela aproximação do Direito à filosofia moral – me busca da justiça

¹³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>. Acesso em: 09 mar. 2019.

¹³⁷ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 95.

¹³⁸ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 95/96.

e outros valores-, à filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também às ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia.¹³⁹

Da doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se extrai a seguinte passagem:

A antiga máxima romana *dura lex, sed lex* (a lei é dura, mas deve ser cumprida) não mais se revela compatível com a contemporaneidade. Em meio a uma sociedade dinâmica, multifacetada, globalizada e cibernética, é necessária uma norma mais aberta e plural, mais próxima de seu tempo. Naturalmente, pois, são concebidas normas legais mais abertas, plásticas e ricas de conteúdo, ao mesmo tempo em que se pretende conferir maior efetividade ao comando constitucional nas relações privadas. Significa dizer que se percebeu a insuficiência da técnica normativa tradicional para solucionar, com eficiência, os complexos problemas jurídicos do mundo contemporâneo. Questões altamente intrincadas, envolvendo bioética, descobertas científicas, comunica global e eletrônica não conseguem estar represadas em tipos normativos fechados, neutros e indiferentes aos dinâmicos valores constitucionais. Nessa ambiência, se apresentam, com grande relevância, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que evidenciam essa maior flexibilidade e abertura do sistema de direito privado, promovendo a desejável e necessária comunicação entre o Código Civil, as diretrizes constitucionais e os valores que permeiam os demais ramos do sistema jurídico brasileiro.¹⁴⁰

Em resumo, a textura aberta e indeterminada do termo programa de integridade ou *compliance* proporciona, sob os influxos do pós-positivismo, a sua aproximação com valores de ética e da justiça.

2.4 Importância e elementos essenciais dos programas de *compliance*.

Traçadas essas primeiras considerações sobre o *compliance*, cumpre questionar por qual razão a sua lógica é tão importante na atual conjuntura brasileira?

A primeira resposta que se se apresenta é que o Brasil é o país do risco. E sendo o país do risco, é preciso buscar maior previsibilidade das ações estatais, de modo que também o particular possa agir de maneira adequada, pois sabe o que esperar da Administração Pública. Quanto melhor a gestão de risco, o que se dará, por exemplo, com o *compliance*, maior será a diminuição dos riscos.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 346.

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. 16º ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 52.

No mundo corporativo, riscos estão associados à incerteza do cumprimento de algum objetivo ou na probabilidade de perda de algo material ou intangível. A gestão adequada deles representa condição fundamental para o sucesso da organização e, por isso, passou a ocupar lugar de destaque na própria gestão da empresa. [...]. Desta maneira, convém à organização estabelecer a melhor forma para identificá-los e, a partir daí engajar-se na sua mitigação.¹⁴¹

Como reflexo dessa situação, o programa de *compliance* que busca de fato ser efetivo e se sustentar deve investir em um estudo detalhado para a destinação de recursos, levando em consideração a análise dos riscos, a fim de evitar-se o excesso de atividades onde eles são baixos e, por outro lado, a escassez delas onde eles são maiores.

Posteriormente, quando as atividades já estiverem em fase de aperfeiçoamento contínuo, cabe uma análise constante visando averiguar a efetividade do programa e o grau de exposição de riscos das atividades desenvolvidas. Assim, as medidas mitigadoras serão implementadas para manter a organização protegida e menos suscetível a eventuais desvios de conduta de seus funcionários.¹⁴²

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, por exemplo, exige a obrigatoriedade de implantação de uma efetiva gestão de risco e *compliance* nas Empresas Estatais e, além disso, exige que deverão incluir nos anexos de seus contratos, uma efetiva e necessária matriz de risco¹⁴³.

Em relação à matriz de risco, é preciso considerar ser um dos temas mais complexos em se tratando de gerenciamento de risco, não só pela dificuldade natural de se conceber uma possível matriz, mas também, pelo conflito conceitual existente entre o que pode ou não pode ser considerado uma matriz de risco nos contratos.

Para Rodrigo Pirotoni, quando a Lei prevê a necessidade de previsão de uma matriz contratual, o faz tendo em vista a necessidade de se mapear e mitigar riscos potenciais e aferíveis em uma escala de priorização, portanto, não se deve aceitar que sejam lançados mapas

¹⁴¹ GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In Wagner Giovanini. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 60.

¹⁴² GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In Wagner Giovanini. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 60.

¹⁴³ Art. 6º - O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei. [...] Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: X – matriz de riscos.

de riscos ou tabelas de *check-list*, como se matriz fossem. Mapas de riscos (registros de riscos) e *check-lists* são processos de identificação de riscos e não matriz.¹⁴⁴

Na visão do autor, os critérios de uma efetiva matriz de riscos devem ser estabelecidos dentro da seguinte dinâmica: a) identificação numérica do risco; b) evento de risco identificado (com suas causas e consequências); c) categoria do risco encontrado (para melhor priorizá-lo); d) probabilidade, impacto e cálculo de nível de risco; e) respostas; e) controles; e f) responsáveis pelos riscos.¹⁴⁵

Por tudo isso, os programas de *compliance* e gestão de risco deverão instituir um sistema efetivo de gerenciamento, que permita, a identificação dos riscos, mas para além disso, a alocação destes riscos em uma efetiva matriz, quando exigido por lei, distante dos *check-lists* e registros de riscos (mapas de riscos) até então utilizados. Só assim será possível uma análise gerencial e evolutiva dos riscos e de sua mitigação no campo corporativo.

Um segundo elemento justificador do *compliance* é já mencionada cultura do desvio ético e da corrupção. Há, inquestionavelmente, uma nova realidade de Estado, que precisa de uma vez por todas romper com esse ciclo de corrupção instalado no país. É necessário pensar onde o Brasil quer chegar e estar dentro dessa realidade, buscando técnicas de prevenção à corrupção e a má gestão pública.

É de conhecimento que o Brasil, nos últimos tempos, tem vivenciado uma avalanche política, econômica e ética que mudou a percepção da sociedade em relação a muitas questões, inclusive e notadamente aquelas associadas ao cumprimento da lei e ao combate à corrupção.

De acordo com a Transparência Internacional, o Brasil ocupa 105ª colocação entre 180 países avaliados. A pontuação passou de 37 para 35. Este é o pior resultado desde 2012, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a 3ª queda anual seguida. Tratando-se de uma das dez maiores economias do mundo, a posição é alarmante.

Vale lembrar que o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no

¹⁴⁴ PIRONTI, Rodrigo. *Compliance e Gestão de Riscos nas Estatais: como elaborar uma efetiva matriz de riscos contratuais*. Disponível em : http://www.editoraforum.com.br/noticias/compliance-e-gestao-de-riscos-nas-estatais-como-elaborar-uma-efetiva-matriz-de-riscos-contratuais/?fbclid=IwAR1n5JIRtHy44JEFfp4rJrXsCdAv5mjX3XT_2AnSPAzVHmcT5GkjQxvE52A. Acesso em 14 abr. 2019.

¹⁴⁵ PIRONTI, Rodrigo. *Compliance e Gestão de Riscos nas Estatais: como elaborar uma efetiva matriz de riscos contratuais*. Disponível em : http://www.editoraforum.com.br/noticias/compliance-e-gestao-de-riscos-nas-estatais-como-elaborar-uma-efetiva-matriz-de-riscos-contratuais/?fbclid=IwAR1n5JIRtHy44JEFfp4rJrXsCdAv5mjX3XT_2AnSPAzVHmcT5GkjQxvE52A. Acesso em: 14 abr. 2019.

setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro.

Luís Roberto Barroso alerta que é possível, porém, que o aumento da percepção da corrupção não signifique, necessariamente, um aumento no volume dos comportamentos desviantes. Pode ser um sinal de que o país deixou de varrer a sujeira para baixo do tapete e passou a enfrentar corajosamente o problema. E nesse caminho, embora a ideia de *compliance* não esteja associada exclusivamente ao combate à corrupção, esta é a área em que a demanda tem sido mais significativa.¹⁴⁶

Em outro sentido, o resultado reforça um alerta que já vem sendo feito pela Transparência Internacional.

Os esforços notáveis do país contra a corrupção podem estar em risco e não foram suficientes para chegar à raiz do problema. Não tivemos nos últimos anos qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país. A Lava Jato foi crucial para romper com o histórico de impunidade da corrupção no Brasil – principalmente de réus poderosos. Mas para o país efetivamente avançar e mudar de patamar no controle da corrupção, são necessárias reformas legais e institucionais que verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil.¹⁴⁷

Todavia, a questão não é de fácil solução, notadamente em razão da governabilidade. Seguindo a linha de pensamento de Antônio Maximiano e Irene Nohara Patrícia a governabilidade significa a capacidade de governar, por meio do apoio político e popular. Sendo que a capacidade de governar é função do relacionamento do Governo com a sociedade. Já a governabilidade tem sua sustentação na cidadania organizada, nos partidos políticos e nos mecanismos de representação da sociedade.¹⁴⁸

Para exemplificar, cita-se a articulação com forças políticas do Congresso, que viabiliza os projetos e a ação do governo. A articulação leva a disfunções do processo de governar: o comércio de apoios, marcado pela troca de apoio por cargos públicos; o clientelismo, que é a troca de apoio pelo fornecimento de bens e serviços do Estado; e corporativismo, marcado pela defesa de interesses de grupos organizados, que agem diretamente sobre o Governo ou indiretamente, por meio de representantes no Congresso.¹⁴⁹ Todas marcas de um modelo de

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Compliance e a refundação do Brasil*. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 16.

¹⁴⁷ Índice de Percepção da Corrupção 2018, publicado pela Transparência Internacional. Disponível em: <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁴⁸ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 74/75.

¹⁴⁹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 74/75.

Estado Patrimonialista que ainda assombra o país e tem como uma das consequências mais nefastas a corrupção.

De todo modo, esses fatores aumentaram a visibilidade e a expansão do *compliance*, tornando-o uma prática imprescindível no ambiente corporativo contemporâneo. Na verdade, segundo Luís Roberto Barroso, há no país um novo *business*, uma nova área de atividade que são os profissionais e os departamentos de *compliance*. É bom que seja assim. Espera-se que seja o prenúncio de um novo tempo, em que a ideia de integridade seja um vetor fundamental do comportamento humano.¹⁵⁰

Em terceiro lugar, destaca-se a lógica internacional, que cada vez mais tem se unido no levante de combate e prevenção a corrupção e a sustentabilidade, buscando maior compromisso com a boa administração pública.

É notório que o processo de globalização evidenciou a diminuição das fronteiras estatais da maneira que sempre foram conhecidas e ampliou as formas de comunicação entre os Estados, com reflexos diretos no Direito, na Economia e na Política.

Por via de consequência, foram expandidas as avenças comerciais no plano internacional, de modo que questões locais ganham dimensão internacional, como é o caso da corrupção e da busca pelo direito à boa administração.

Nesse cenário, vê-se um processo de universalização dos direitos humanos; cresce a atuação das empresas transnacionais; surgem novos mecanismos de promoção do desenvolvimento, muitas vezes com a participação de atores estrangeiros; organizações não governamentais buscam criar padrões de conduta visando à preservação de determinados interesses difusos, etc. As relações jurídicas entre sujeitos de direito de origens diversas, estatais e não estatais, públicos e privados, se intensificam e assumem maior relevância.¹⁵¹

Em virtude desse novo panorama, a ideia tradicional de governo, entendida como a administração e exercício do poder dentro do espaço interno de um dado Estado exercido por seus órgãos políticos, dá lugar à de governança, como a forma compartilhada de se exercer determinadas funções administrativas e normativas típicas pelo ente estatal junto a outros Estados e a sujeitos privados no espaço global.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Compliance* e a refundação do Brasil. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 16

¹⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239594>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Na concepção de David Held, houve uma limitação dos Estados Nacionais para a resolução de problemas políticos em um mundo cada vez mais globalizado.

A medida que se aumentam as exigências ao Estado, vão surgindo conjuntos de problemas políticos que não podem ser adequadamente resolvidos sem a cooperação de outros Estados ou de atores não estatais. Com efeito, a globalização e as alterações na natureza e na forma de governança global colocam problemas referentes ao âmbito de aplicação da democracia e da jurisdição, tendo em conta que a relação entre aqueles que tomam as decisões e aqueles que são afetados por elas não são necessariamente simétrica ou congruente no tocante ao território.¹⁵²

Logo, a governança global é a governança do comportamento dos Estados em relação a outros Estados. Todavia, não há dúvidas de que as escolhas internas refletem diretamente nas relações internacionais.

Contudo, a grandeza do ‘comando’ político – a bem da democracia – é apenas verificada quando se abandonam pretensos paradoxos (governo/oposição; maioria/minoria) para eticamente adotar as melhores soluções legiferantes e éticas à pessoa humana, independentemente da versão partidária ou institucional interna que for predominante. Põe-se em relevo, pois, ‘a boa governança’ no lugar do governo.¹⁵³

Diante de tal constatação, a lógica de políticas contra a corrupção e busca pelo direito fundamental à boa administração, vinculam o Estado a adotar técnicas de *compliance* na administração pública e incentivar que as empresas privadas façam o mesmo. Nesse sentido, é fundamental perceber a necessidade de pensar um programa de *compliance* compatível com município de pequeno, médio e grande porte. Para tanto, é preciso pensar soluções e estruturais que se adequem à lógica do *compliance* a toda a realidade da administração pública brasileira, e que também satisfaça as exigências internacionais. Se para a iniciativa privada não é permitido programas meramente formais ou “de fachada”, sob pena de não garantia de qualquer benefício à empresa, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à esfera pública.

Uma simples figura ilustrativa, com normas que não se equivalem na prática, lógicas estruturantes e códigos de ética e de conduta meramente formais não são suficientes para garantir o sucesso do *compliance*. É preciso uma política de consequência que torne válido e efetivo o *compliance*. É fundamental garantir a efetivação do programa e o seu fiel

¹⁵² DAVID, Held. *Csmopolitismo*. Ideales y realidades. Tradução de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 45-47. Apud. MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239594>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

¹⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo de Fontes e Governança Global: hermenêutica e cidadania mundial na concretude dos direitos humanos. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 17, n. 30, p. 25-54, jan./jun. 2018.

cumprimento, sob o risco de se esvaziar a relevância de importante mecanismo de governança pública.

2.5 Diretrizes para implantação ou aprimoramento de programas de *compliance*.

Nesse ponto, já se sabe que o termo *compliance* significa agir de acordo com uma regra. Ou seja, estar em “*compliance*” é estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos. Por isso mesmo, tão importante como identificar o que é *compliance* é saber como tais medidas devam ser efetivamente fomentadas e implementadas pelos gestores públicos para que alcancem os objetivos desejados, dentro de um ambiente que prime pela boa administração pública.

Aliados aos fatos acima, é primordial destacar que as motivações da empresa sejam claras. Isto é, todos os funcionários devem se envolver nos programas de *compliance*, merecendo um cuidado especial com aqueles que desenvolvem atividades com maior exposição ao risco de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro.

Assim, a primeira observação que se faz é que o *compliance* envolve pessoas.

O *compliance* é sobre as pessoas, sejam elas decisores, gestores ou colaboradores, que devem pautar suas ações na responsabilidade corporativa, escolhendo sempre, fazer o que é certo até que este comportamento se naturalize – seja nas condutas mais simples (relacionados a hábitos e vestimentos), seja nas que impactam diretamente a operação.¹⁵⁴

Feita essa primeira constatação, pode-se afirmar que, por envolver pessoas, o *compliance* exige um grande envolvimento humano. E a tarefa é das mais árduas, pois é preciso uma mudança cultural no jeito de agir e de pensar. O colaborador precisa conhecer as motivações empresa, senão vira mera regra. No entanto, no momento em que a regra vira cultura, a conversa provoca reflexão e a cultura só avança.

A questão assume grande relevo quando toca nos pontos para implantação do *compliance*, notadamente no engajamento e comprometimento da alta administração e na capacitação e treinamento específico dos servidores envolvidos. É preciso grande esforço para que todos os participantes se sintam envolvidos na nova política, pois não há como tolerar uma lógica de *compliance* genérica.

Adverte-se, desde logo, que se deve considerar o *compliance* como uma área de suporte interno dos negócios, caracterizando-o por três pilares: prevenir, detectar e responder. É muito

¹⁵⁴ ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 24

importante que todos entendam que a tomada de decisões deve respeitar as leis, normas, políticas e procedimentos corporativos e organizacionais.

Nesse ambiente favorável, é claro que a credibilidade e a reputação de uma organização são atingidas diretamente com elaboração de um programa de *compliance* eficiente. Todavia, não se deve esquecer que tais fatores dependem diretamente da atuação dos seus colaboradores. Mais importante do que ter políticas de *compliance* alinhadas aos objetivos estratégicos, as companhias devem mirar seus esforços no aspecto humano. Isso porque, o desenvolvimento da integridade nas práticas de negócios está mais ligado às mudanças comportamentais do que às diretrizes e orientações corporativas de ética e conformidade.

Nesse contexto, os esforços de capacitação e comunicação podem envolver campanhas, treinamentos, vídeos, fóruns, vídeos e formação de agentes multiplicadores para identificar, tratar e comunicar situações de risco. As estratégias variam de acordo com o perfil da empresa, mas os especialistas são unânimes: engajamento é essencial para uma cultura de integridade dentro das organizações.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a corrupção é hoje um dos piores males da sociedade brasileira, de modo que a implementação e manutenção dos programas de *compliance* sempre estará vinculada ao combate à corrupção.

A gestão de compliance é a forma atual mais direta e rápida de iniciar uma fiscalização interna dentro de uma empresa, evitando-se que esta se envolva em diversos problemas e gestão, dentre estes os escândalos de corrupção em conluio com os representantes do Estado brasileiro. [...]. Com este tipo de gestão dentro das empresas, começaremos a reeducar a mente daqueles que trabalham para verificar que é sim possível trabalhar e conviver em ambientes completamente transparentes e éticos, acabando com o famoso "jeitinho brasileiro" de resolução de problemas e conflitos. Sendo possível diminuir o número de empresas que se envolvem em casos de corrupção com políticos ou servidores públicos e reeducando todos os integrantes destas empresas, para fazê-los entender a necessidade de manutenção de transparência e de planos de integridade no meio corporativo, conseqüentemente ocorrerá uma interferência na forma em que o Estado administra o país tanto econômica quanto socialmente, trazendo ao país uma nova era de governantes que prezam pela transparência e integridade.¹⁵⁵

O que precisa ficar bem claro é que a implementação e manutenção de um modelo de *compliance* deve fomentar um ambiente ético, seja na esfera privada, seja na esfera pública.

¹⁵⁵ MAGALHÃES, Mariana Cardoso. Educação e *compliance*: o combate à corrupção no Brasil Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270843,21048-Educacao+e+compliance+o+combate+a+corrupcao+no+Brasil?fbclid=IwAR1Mvhc4K5tNb6keOri-SUtpLz_RTjEkBBYRHnubtVGP7RyHm7PMY-1oTIY. Acesso em: 14 abr. 2019.

Para melhor esclarecer o que foi dito, Newton de Lucca sustenta:

A ética pode ser transportada do indivíduo que a possui para o seio de uma organização empresarial. A formação do hábito é de suprema importância no desenvolvimento do comportamento ético, sendo relevante a prática reiterada de condutas éticas para que os padrões morais dentro de uma companhia possa, efetivamente, serem implementados. Afinal de contas, tal como ocorre com as pessoas, no início de suas vidas, são os pais e professores que imprimem em seu caráter o comportamento ético. Mas os administradores das organizações poderão exercer, posteriormente, também esse importantíssimo papel, cultivando tais valores morais no âmbito da empresa.¹⁵⁶

Por outro lado, não deve esquecer do ponto de vista externo, segundo o qual deve zelar por uma relação com sua clientela, os consumidores, os fornecedores, os concorrentes, a comunidade em que atua e com o próprio meio ambiente que interage.

Em síntese conclusiva, Newton De Lucca sustenta:

Na busca da eficiência e excelência empresarial, parece não ser mais satisfatório a tradicional alquimia do cálculo custo-benefício com o aumento da produtividade e a ampliação das vendas no mercado. Os critérios de avaliação do sucesso começam a incorporar dimensões que vão além da organização econômica e que dizem respeito à vida social, cultural e à preservação ambiental. Pode-se quer que a eficiência não é só “fazer as coisas bem”, segundo as regras do mercado, mas é “fazer as coisas boas” segundo princípios éticos.¹⁵⁷

Ou seja, a fomentação de um ambiente ético pode ser considerada hoje um bom negócio, haja vista que uma empresa que tem seus alicerces fincados na ética não necessita gastar tanto com controle. Mais uma vez se ressalta a importância de que o material humano seja moldado segundo um senso ético, o que evita a diminuição dos recursos de controle. A somatória dos fatores desagua no aumento da produtividade, pois um funcionário que consegue enxergar, em sua atividade laboral, a sua função social e um dever moral que por ele está sendo exercido, realiza, sem sobra de dúvidas, sua atividade de maneira bem mais produtiva do que aquele que não consegue ter essa visão apurada.

Em decorrência de todos esses fatores, cada vez mais se busca a implementação de *compliance*, atingido áreas completamente diferentes. Para exemplificar, vale mencionar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 429, de 2017, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que tem por objetivo alterar a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a fim de

¹⁵⁶ LUCCA, Newton de. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pág. 315.

¹⁵⁷ LUCCA, Newton de. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pág. 333.

aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade. Sob esse aspecto, o projeto de lei busca alterar a Lei dos Partidos Políticos para exigir que o estatuto partidário deve prever programa de integridade para coibir desvios, fraudes e atos ilícitos. A violação implica cancelamento imediato da filiação. A falta de programa efetivo implica suspensão de recebimento do fundo partidário.¹⁵⁸

Tais iniciativas são sempre louváveis, de modo a se expandir o ambiente de integridade por todas as áreas, como bem já fizeram duas importantes e recentes legislações: Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais. Ambas as legislações serão analisadas nos tópicos que seguem, pois apresentam critérios para a implantação e manutenção de programas de integridade.

2.5.1 A Lei Anticorrupção empresarial e os programas de *compliance*

A Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, criou, no Brasil, a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos que sejam cometidos em seu interesse ou benefício, contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Sob esse enfoque, Marcos Assis ressalta que por responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos, entenda-se que serão investigados todos os que estiverem envolvidos e/ou forem beneficiados pelas práticas de corrupção, independentemente de culpa.¹⁵⁹

Todavia, é preciso fazer a ressalva de que mesmo havendo a responsabilidade objetiva administrativa da empresa, configurada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais envolvidas, os dirigentes e administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade (subjetivamente).¹⁶⁰

Tudo isso porque a corrupção tem causado impactos no desenvolvimento econômico do país, pois, além de afugentar investimentos, representa uma concorrência desleal que, por vezes, envolve desvios de recursos públicos e prejudica diversos setores. Nesse prumo, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) surgiu da percepção de que, para controlar a corrupção, seria necessário conjugar esforços não apenas do governo, mas também das empresas, promovendo

¹⁵⁸Projeto de Lei do Senado nº 429, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131429>. Acesso em 14 abr. 2019.

¹⁵⁹ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 23

¹⁶⁰

um ambiente de integridade que abarcasse o relacionamento da esfera pública com a esfera particular.¹⁶¹

Dentro desse contexto, constituem atos lesivos à Administração Pública, conforme art.5º da Lei 12.846/2013, todos os atos praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos como: proteger, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na lei; comprovadamente utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; diversas medidas que objetivam fraudar licitações e contratos; e dificultar atividade de investigação ou fiscalização em órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação.

O parágrafo único do art. 1º, estabelece que a lei é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Já em relação as sanções, a letra da lei prevê que as empresas consideradas responsáveis pelos atos lesivos se sujeitam, após regular administrativo e independentemente da obrigação de reparar integralmente o dano causado, às sanções: (1) de multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto de último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, que nunca será inferior à vantagem auferida, quando possível sua estimativa; (2) publicação extraordinária da decisão condenatória. A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma do extrato de sentença, às expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A imagem será totalmente manchada em virtude de a lei determinar a publicação das decisões condenatórias em meios de comunicação de grande circulação, como jornais e cartórios. A publicidade dessas decisões poderá

¹⁶¹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.Pag. 226.

desencadear rupturas contratuais e desistência por parte de potenciais clientes, fornecedores, parceiros e investidores, proporcionando a efetivação do intangível legal, que se materializa logo após a vinculação de imagem ao fato ilegal, prejudicando a reputação dos negócios.¹⁶²

Na esteira da legislação, prevê o art. 7º da Lei, que devem ser levados em consideração, na aplicação das sanções: (1) a gravidade da infração; (2) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (3) a consumação ou não da infração; (4) o grau de lesão ou perigo de lesão; (5) o efeito negativo produzido pela infração; (6) a situação econômica do infrator; (7) a cooperação da pessoa jurídica para apuração da infração; (8) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e (9) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Nos pontos levantados, destaca-se o item “8”, pois a legislação definiu como forma de redução das sanções aplicadas a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. É o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção em âmbito nacional, por meio do seu art. 41, que definiu o que é um programa de integridade:

Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes como objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A propósito do tema, a Portaria CGU 909/15 também delimita parâmetros a serem aplicados ao *compliance*, não podendo haver um programa de integridade meramente “de fachada”, ou seja, não será considerado, para fins de redução da multa aplicada, o programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrências de atos lesivos da lei (cf. art. 5º, §2º, da Portaria).

Caso o programa de integridade avaliado tenha sido criado após a ocorrência do ato lesivo objeto da apuração, também não será apto a comprovar sua eficácia para evitar ou corrigir atos de corrupção praticados contra a Administração Pública.

A portaria exige da empresa que apresente dois relatórios: (a) relatório de perfil, que deve compreender os setores de mercado em que atua no território nacional e, se for o caso, no exterior, sua estrutura organizacional; o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; e as interações estabelecidas com a Administração Pública nacional ou

¹⁶² ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 23

estrangeira; (b) relatório de conformidade do programa, que serve para verificar como se deu a implantação do *compliance*, cotejando parâmetros utilizados diante da especificidade da pessoa jurídica, sua eficácia na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo ao objeto de apuração.

Como bem lembra Irene Nohara, a edição da lei e do decreto atende às exigências de combate à corrupção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dispondo sobre a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira¹⁶³, sem prejuízo das outras sanções já existentes no sistema.¹⁶⁴

Assim se afirma, pois, a aplicação da Lei Anticorrupção não afasta a incidência das demais leis que regulamentam o assunto em outras searas, como a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC) e, obviamente, o Código Penal Brasileiro.

Em relação à instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade, tendo sido determinado inicialmente que, no âmbito do Poder Executivo Federal, competiria à Controladoria-Geral da União (CGU).

A luz da Lei 12.846/13, o processo administrativo para apuração da responsabilidade será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por dois ou mais servidores estáveis, os quais deverão concluí-lo em 180 dias, contados da data da publicação do ato de instituição da comissão. A comissão deve apresentar relatórios em que serão sugeridas, de forma motivada, se for o caso, as sanções a serem aplicadas.

A exegese do art. 14 da Lei 12.846/13, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica sempre que utilizada como abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹⁶³ Nas últimas décadas, como reflexo da intensificação da globalização, a comunidade internacional se abre ao debate da “corrupção transnacional”. Segundo expõe Larissa Ramiro, o “aumento dos negócios transfronteiriços propiciou o surgimento frequente de situações nas quais funcionários públicos interagem com investidores internacionais em transações que envolvem montantes milionários, criando oportunidades de suborno.” São áreas sensíveis para a corrupção, conforme análise de Ramira: os controles aduaneiros, os controles de saúde pública, a solução de controvérsias, a ação legislativa relevante para os investimentos estrangeiros diretos e as compras governamentais. RAMIRA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a Corrupção. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v.6, p.2, 2009.

¹⁶⁴ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 227.

É bom acrescentar que a responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilidade na esfera judicial, caso em que podem ser aplicadas, mediante ações de responsabilização com adoção do rito da Lei 7.347/85, as seguintes sanções: (1) perdimento dos bens, direitos e valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (2) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (3) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (4) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras de um a cinco anos. A dissolução compulsória ocorrerá caso seja comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar e promover a prática de atos ilícitos; e ter sido construída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos benefícios dos atos praticados.¹⁶⁵

Por derradeiro, faz mister salientar que a lei representa uma nova espécie de um controle, feito em âmbito tanto administrativo como judicial, e que se volta a responsabilidade objetivamente da empresa que pratica atos contra a Administração. Em relação ao tema desta pesquisa, sua importância está relacionada à previsão do *compliance*, esse instituto de extrema importância e inovação no âmbito dos negócios público e privados.

2.5.2 A Lei 13.303/2016 e a implantação de programas de *compliance* no âmbito das estatais.

A Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais – LE) dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, regulamentando diversos aspectos relacionados às normas de governança, controle, integridade, licitações e contratos, dentre outros temas, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As Empresas Estatais podem ser definidas como pessoas jurídicas de natureza jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto (ou seja, com recursos essencialmente públicos), para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada. A Lei Federal n.º 13.303/16, portanto, não alterou a definição/conceito de Empresa Estatal.

A Lei das Estatais regulamenta o artigo 173, §1º da Constituição Federal/88 e tem a pretensão de agregar maior transparência, impessoalidade, controle, eficiência e moralidade na

¹⁶⁵ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. Pag. 228.

atuação e contratações das Estatais em vista da sua natureza jurídica e do mercado em que atuam.

Entretanto, como bem lembra Carlos Ari Sundfeld:

Quando a Constituição de 1988 foi editada, já existiam muitas empresas estatais prestadoras de serviço público, em geral bastante importantes, cujas outorgas tinham sido feitas diretamente por lei, por ato administrativo, por contrato de concessão ou por convênio, sem qualquer processo de disputa (em setores como energia, telecomunicações, saneamento e ferrovias). Para acomodar essa situação ao texto do art. 175 da Constituição, que parecia conter uma exigência radical de licitação, os juristas deram a explicação de que empresas estatais não seriam de fato concessionárias ou permissionárias, mesmo quando tivessem contratos com esses nomes, mas sim delegatárias de serviço público.¹⁶⁶

Portanto, levando em consideração a questão apresentada pelo autor, pode-se dizer que, no Brasil, embora o princípio da concorrência tenha sido adotado pelo art. 175 da Constituição, ele não vai ao ponto de impor a disputa pública em todos os casos pelos serviços públicos, pois empresas estatais podem receber essa incumbência sem licitação.

Conclui, Carlos Ari Sundfeld, que as empresas estatais têm sido consideradas como sujeitos especiais, que podem ter privilégios, e isso mesmo quando se trate de sociedades de economia mista, com ampla participação de acionistas privados.¹⁶⁷

Feitas essas considerações iniciais, cumpre, de logo, dizer que a Lei nº 13.303/2016, de maneira compreensível e justificável, estabeleceu a obrigatoriedade de adoção de programa de integridade ou *compliance* para as estatais. A medida tem por escopo tutelar a indisponibilidade do interesse público. Segundo a legislação, os programas de integridade por elas adotados deverão dispor sobre:

Art. 9º - A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
 I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
 II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;
 III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.
 § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

¹⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

¹⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

- I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
- II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
- III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
- IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
- V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
- VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Vê-se, assim, que a Lei 13.303/2016 reforça a importância do *compliance*, quando estabelece a exigência de regras de governança corporativa nas atividades de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais refletirão não apenas em seus processos internos, mas também em suas contratações e relacionamentos com o público externo.

Pode-se destacar, entre as práticas de governança exigidas, a criação de instâncias internas para atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade, canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas e mecanismos de proteção à retaliação do denunciante, treinamentos periódicos sobre o Código de Conduta a seus empregados, políticas de gestão de riscos, análise de pré-qualificação de fornecedores com a exigência de consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e matriz de riscos nos contatos de obras e serviços como cláusula contratual.

A Lei nº 13.303/2016 representa importante avanço na gestão das empresas estatais e, por direta consequência, ao próprio interesse público e combate à corrupção. Nesse novo cenário nacional, não cabe mais às estatais a cômoda posição de nada fazer, nem mesmo de buscar modelos já aplicados, pois a Lei das Estatais e os órgãos de controle as obrigam a agir, a criar parâmetros e mecanismos específicos.

03- O *COMPLIANCE* COMO EXIGÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

3.1 O problema da corrupção nas contratações públicas e a busca de políticas públicas para solucioná-la.

O problema da corrupção deixou de ser um problema local para transformar-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias. Por óbvio, no Brasil não é diferente, pois aqui é cada vez mais frequente as violações ao direito à boa administração, devido ao cometimento de ilegalidades na gestão estatal, em razão do não cumprimento dos deveres do administrador no exercício da função administrativa.

Para se ter uma ideia, o autor Francisco Bilac Pinto, já no ano de 1960, alertava para o aumento dos atos de corrupção:

A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinência com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram toda a acústica às vozes isoladas que denunciam e condenam.¹⁶⁸

De lá para cá, os problemas que envolvem a justiça, a falta de ética e a corrupção passaram a ocupar lugar de destaque no cenário contemporâneo. Todavia, não se pode afirmar que o tema seja novo, tendo em vista que desde Platão e Aristóteles o assunto já era discutido no âmbito da *polis*.

Dentro desse contexto, a questão da corrupção tem ganhado notoriedade, tornando-se o epicentro das discussões atuais para aqueles que realmente se preocupam com o destino das contratações públicas no país. Dos escândalos do passado aos acontecimentos mais recentes, o aumento dos casos de corrupção demonstra que o desvirtuamento político não é um fenômeno isolado no seio da vida pública, irradiando efeitos por toda a sociedade.

O Ministro Luís Roberto Barroso alerta sobre a atual situação da corrupção no país:

A corrupção no Brasil não foi produto de falhas individuais e isoladas, nem de pequenas fraquezas humanas. Foi (e ainda é) um fenômeno sistêmico, generalizado, envolvendo empresas estatais, empresas privadas, agentes

¹⁶⁸ PINTO, Francisco Bilac Moreira. O enriquecimento ilícito no exercício dos cargos públicos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Pag. 43

públicos e privados, partidos políticos, membros do Executivo, do Legislativo, e até mesmo do Judiciário e do Ministério Público, ainda que de forma menos intensa nestes dois últimos. É impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu por aqui. Ainda assim, reações as mudanças indispensáveis para superar esse problema endêmico do país têm vindo de toda parte.¹⁶⁹

Logo, nota-se que o tema da corrupção alcançou lugar de destaque no atual contexto sociopolítico brasileiro. A história recente brasileira, especialmente depois da Constituição Federal de 1988, mostra que a redemocratização do país expôs fatos negativos da vida política que antes não chegavam ao conhecimento da opinião pública, embora existissem.

No caso específico das contratações públicas, a ocorrência de atos corruptivos causa estragos diretos à entidade responsável pelo certame, mas, indiretamente, a sociedade inteira arca com os prejuízos. A extensão do dano pode ser incalculável. Nesse contexto, a Lei de Licitações, em seu artigo 90, prevê expressamente que frustrar ou fraudar, por meio de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório configura crime. Em contrapartida, a Lei Anticorrupção (artigo 5, Lei nº 12.846/2013) define a mesma conduta como ato lesivo à Administração Pública.

Nesse momento, torna-se oportuna a introdução do conceito de fraude:

A fraude é caracterizada pela vontade consciente de causar dano. Resulta do planejamento, da organização e da execução de ato ilícito, reprovado pelas leis, pela moral e pela ética. Está sempre acompanhada do objetivo de obter vantagem ilegítima ou ilegal. É frequentemente praticada por meio da mentira e da dissimulação. Fraude não se confunde com erro. Este também pode causar dano, mas ocorre involuntariamente, por ignorância, imperícia ou imprudência. A diferença está na intenção.¹⁷⁰

Nos processos de licitação, a fraude está relacionada essencialmente ao caráter competitivo, pois qualquer ação que tenha a intenção de prejudicar a competitividade é uma fraude ao certame público. Compreende-se então que os atos de corrupção podem assumir várias formas dentro da licitação, todavia o objetivo comum é direcionar a contratação, restringir a competição e simular o processo, de modo que se possa maximizar os lucros dos envolvidos.

As práticas fraudulentas podem variar de simples acordos verbais e pontuais entre licitantes ou entre estes e a Administração Pública contratante, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitações, até a existência de complexos e duradouros mecanismos de partilha de contratos e distribuição

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁷⁰ SANTOS, Flanklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pág. 21.

de lucros obtidos ilicitamente. É comum a utilização de mais de uma linha de ação fraudulenta e anticompetitiva.¹⁷¹

Por tudo isso, os órgãos de controle não conseguem, sozinhos, eliminar todas as irregularidades. Dessa forma, é essencial que as instituições públicas se concentrem no campo de medidas preventivas, reconhecidas pelas convenções internacionais contra a corrupção, como o meio mais adequado para atacar as causas do problema de fraudes em licitação.

O Ministro Luís Roberto Barroso enfatiza algumas das barreiras que ainda precisam ser superadas:

A construção de um país fundado em justiça, liberdades individuais e igualdade exige: educação de qualidade desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida; distribuição adequada de riquezas, poder e bem-estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e debate público democrático e de qualidade, no qual a livre circulação de ideias e opiniões permita a busca de melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.¹⁷²

Nota-se que os desafios relacionados acima estão todos atrelados à atuação do Estado, ao qual o constituinte originário designou uma série de deveres nos campos político, econômico e social. Especialmente no plano social, o Estado Democrático de Direito tem a sua principal marca na busca de afirmar, garantir e promover os direitos sociais (educação, saúde, moradia, etc.) para todos, sem nenhum tipo de distinção ou discriminação.

Nessa perspectiva, as condições de igualdade precisam ser elaboradas. Assim, o conjunto de medidas que o Poder Público realiza, buscando o pleno exercício da igualdade, base de toda a ordem social, constitui as políticas públicas.

Para Américo Bedê Freire Júnior não é tarefa fácil precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.¹⁷³

Por outro lado, importante destacar o posicionamento de Saulo Versiani Penna ao afirmar que no plano democrático constitucionalizado, as políticas públicas aparecem como exigências do cidadão à efetivação dos direitos fundamentalizados constitucionalmente, não

¹⁷¹ SANTOS, Flanklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pág. 29.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 32

¹⁷³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 47.

como mera medida isolada praticada pelo Estado.¹⁷⁴ O autor assim afirma, pois na sua visão, na contemporaneidade, não é científico afirmar que o Estado promove as políticas públicas e, por conseguinte, implementa por elas as garantias fundamentais do texto constitucional. Se assim fosse, o cidadão seria apenas o destinatário das políticas públicas, quando, na verdade, deve ser o principal ator de sua criação e implantação.

Na verdade, o que se tem é o direito do cidadão de que o Estado exercite as políticas públicas e do outro lado o papel promocional na materialização de uma ordem social mais justa, conforme previsão constitucional. Na visão de Luiz Frischeisen, as duas facetas estão relacionadas ao princípio da co-responsabilidade das políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, pois prezam pela parceria entre sociedade civil e poder público para a consecução dos objetivos da República.¹⁷⁵

Sendo assim, importante destacar que o contexto constitucional atual exige a renovação das práticas políticas, pois o administrador público está atrelado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal. Tanto é assim, que a omissão do administrador pode gerar sua responsabilização, tendo em vista que o seu poder discricionário é restrito, não havendo margens para o não cumprir das promessas constitucionais. Independentemente dos objetivos de cada governo, o que se espera é um planejamento estratégico, em cuja centralidade esteja a efetivação dos direitos fundamentais.

É bom acrescentar que não é possível catalogar as variadas formas de políticas públicas¹⁷⁶, pois encontramos políticas públicas, por exemplo, em relação à educação, saúde, moradia e lazer. Entendida dessa forma, nada mais natural que a Administração Pública promova políticas públicas que visem enfrentar e combater à corrupção, haja vista o grande efeito negativo que a corrupção pode trazer para a realização de todos os outros tipos de políticas públicas, colocando em risco a efetivação das normas constitucionais, entre elas o direito fundamental à boa administração.

Se, por um lado, a legislação e, conseqüentemente, o Poder Judiciário tem papel fundamental na aplicação das leis e combate à corrupção do plano repressivo, por outro lado, o Poder Executivo, tem que contribuir para a formação de uma consciência coletiva contrária à corrupção, o que só seria possível por meio de políticas públicas preventivas.

¹⁷⁴ PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pág. 211-212.

¹⁷⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. Pág. 59.

¹⁷⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas **públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 48.

No seio de qualquer organização, seja pública ou privada, a corrupção exerce papel devastador, pois retarda resultados, subtrai o dinheiro público e não cumpre com as normas vigentes. Não há dúvida que a corrupção influencia diretamente nos resultados úteis que a sociedade espera da Administração Pública, concretizados por meio das políticas públicas. Todos os cidadãos têm direito a uma Administração Pública eficiente, íntegra, proba, que zele pela efetividade das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais.

A democracia só sobrevive se houver um equilíbrio entre o político e o jurídico. De um lado a vontade de maioria, representada pela escolha de seus governantes, e de outro lado a supremacia da Constituição e o protagonismo dos direitos fundamentais, que não podem ser corrompidos pela corrupção.

Todavia, cumpre evidenciar que as medidas adotadas ficam, na maioria dos casos, restritas ao sistema repressivo do direito penal e direito administrativo sancionador, pouco sendo explorado no plano do direito administrativo/constitucional.

Partindo dessa premissa, o que se espera, é que os princípios constitucionais, na qualidade de estruturas normativas de qualquer ordem pública, possam e devam irradiar seus comandos normativos sobre a conduta dos agentes públicos e dos agentes privados que relacionam com o Estado, o que lhes permite cumprir o papel de vetor preventivo dos atos ilícitos, justificando, portanto, a legitimidade de *ultima ratio* do Direito Penal nesse aspecto.

Para o autor Renee do Ó Souza merece destaque a participação da sociedade nas políticas públicas contra a corrupção:

[...] o Estado não é mais capaz de sozinho demover todas as condutas danosas ao convívio social. A realização de política pública capaz de evitar e combater atos de corrupção é premente, vez que só o combate policial e judicial do problema não se mostra suficiente. A sobrecarga de governo é improdutiva na solução de problemas de massa, e o envolvimento do cidadão na solução desse tipo de ilicitude é fundamental.¹⁷⁷

Portanto, em razão de sua obscuridade e de seu potencial nocivo à sociedade, o fenômeno da corrupção exige, além de uma atuação repressiva, também uma ação preventiva por parte do Estado, que só será realizada com o estímulo para o desenvolvimento de políticas públicas de enfretamento e combate à corrupção, notadamente no âmbito das contratações públicas.

¹⁷⁷ Ó SOUZA, Renee do. O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção. In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248547>>. Acesso em: 29 jan. 2018. Acesso em: 29 jan. 2018.

No bojo dessa discussão, Luciano Meneguetti Pereira ensaia um conceito de políticas públicas anticorrupção:

[...] conjunto de ações (normas, atos e decisões judiciais) e programas, levados a efeito pelo Estado (e em certos casos, também por particulares), e que têm como finalidade a prevenção e o combate de todo e qualquer ato que possa importar na violação do ordenamento jurídico posto, especialmente por meio do abuso do poder confiado para a obtenção de ganhos privados, em detrimento do interesse público.¹⁷⁸

Nota-se, assim, a importância de se buscar novas soluções e mecanismos capazes de frear a corrupção. Importa dizer que não há solução exclusiva, não existe regionalismo que apresente uma única solução para o caso. Assim, os discursos adotados para a solução dos problemas sociais vividos por outros sistemas sociais internos e por outros ordenamentos, e que sejam semelhantes aos nossos, devem ser pesquisados e servir de base aos nossos discursos.¹⁷⁹

Em razão da complexidade do tema, também a comunidade internacional tem se debruçado na busca de soluções que de forma mais rápida e eficiente, atendem na prevenção e combate à corrupção. As convenções internacionais anticorrupção da OCDE, da OEA e da ONU são prova do esforço internacional comum.

As convenções internacionais constituem importantes fontes de informação, diretrizes, técnicas e metas sobre as quais os Estados Partes devem se basear ao editar quaisquer medidas internas anticorrupção ou mesmo sua adequação, quando já existentes.¹⁸⁰

Especialmente, o Brasil é signatário de três convenções de combate à corrupção, a saber: 1) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais (Decreto nº 3.678/2000); 2) Convenção Interamericana Contra a

¹⁷⁸ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A contribuição do direito internacional para a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção no Brasil. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 1, n. 1, p. 3-20, out./dez. 2016

¹⁷⁹ Com base nessa percepção, o autor Marcelo Neves apresenta o transconstitucionalismo como solução para o problema: o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de ‘pontes de transição’ entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo. NEVES, Marcelo. *O transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁸⁰ BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP* | Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan/abr. 2017.

Corrupção (Decreto nº 4.410/2002); e 3) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006).

Interessante mencionar que a Convenção Interamericana das Nações Unidas, internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, prevê, em seu artigo 5º, a necessidade de serem adotadas medidas preventivas que se constituam numa política pública de combate à corrupção:

Capítulo II

Medidas preventivas

Artigo 5

Políticas e práticas de prevenção da corrupção

- 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.**
- 2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.**
- 3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.**
- 4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção.**

Do mesmo modo, é farta a legislação nacional anticorrupção (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, Lei de Acesso à Informação, Lei de Responsabilidade Fiscal, entre outras), formando junto com as Convenções Internacionais e a própria Constituição um vasto arcabouço legislativo.

É preciso considerar que o país tem progredido e feito avanços na luta contra a corrupção, seja pela criação ou capacitação e reconhecimento de determinadas instituições ou órgãos de controle (MPF, PF, CGU), seja pela edição de programas (Empresa Pró-Ética) ou de ferramentas (Portal da Transparência), pontos que foram reconhecidos, inclusive, pelas próprias organizações internacionais que se ativam na avaliação da implementação do disposto nas convenções e do combate à corrupção no Brasil.¹⁸¹

¹⁸¹ BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP | Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017.

Por fim, destaca-se que também as empresas e grandes corporações têm se internacionalizado, eis que possuem atuação simultânea e diversas partes do mundo. Portanto, uma eventual ilicitude perpetrada por uma dessas pessoas jurídicas não mais será investigada ou submetida ao que determina o ordenamento jurídico de um único país, senão de vários Estados.

A cooperação internacional possibilita, por meio das convenções internacionais anticorrupção, que investigações, recuperação de ativos e confiscos, entre outras medidas, tornem-se mais céleres e eficazes. Cada vez mais e de forma crescente, a legislação interna precisa estar em sintonia com esses diplomas internacionais. E, repise-se, as convenções precisam ser conhecidas e divulgadas e, principalmente, aplicadas.¹⁸²

Diante do quadro apresentado, pode-se concluir que o tema da corrupção almejou lugar de destaque dentro da agenda governamental brasileira e internacional, exigido mudanças de atitudes na sociedade e nas instituições. Dentro da Administração Pública, especialmente nas contratações públicas, é primordial o desenvolvimento de novos tipos de políticas públicas de cunho preventivo, pautados pelos ideais constitucionais do direito fundamental à boa administração e nas convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

Tendo em vista os aspectos observados, será analisado dois exemplos de políticas públicas de enfrentamento à corrupção desenvolvidas no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), que buscam fomentar um ambiente de ética e integridade na administração públicas e nas empresas que contratam com o poder público.

Posteriormente, a pesquisa se debruçará sobre o *compliance*, exemplo de técnica de governança que pode representar importante forma de políticas públicas para alcançar os objetivos almejados.

3.1.1 Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip).

O primeiro exemplo a ser analisado, refere-se ao Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip), instituído pela Portaria nº 1.827, de 23 de agosto de 2017, da Controladoria-Geral da União, com o objetivo de estimular e qualificar os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal a colocarem em prática Programas de Integridade.

¹⁸² BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP | Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017.

De acordo com art. 2º da referida Portaria, o programa de integridade pode ser definido como conjunto de mecanismos e procedimentos internos para prevenção, detecção e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta. Já o risco de integridade, também definido no art. 2º, é conceituado como a vulnerabilidade institucional que pode favorecer ou facilitar práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta. Por fim, o artigo 2º apresenta conceito de plano de integridade, como sendo o documento que contém um conjunto organizado de medidas que devem ser implementadas, em um período determinado, com a finalidade de prevenir, detectar e remediar as ocorrências de quebra de integridade.

Fincando em tais conceitos, o art. 3º da Portaria nº 1.827/2017, estabelece que o Profip deverá ser implementado nos órgãos e entidades aderentes mediante o cumprimento de etapas¹⁸³, desenvolvidas com apoio da Controladoria-Geral da União - CGU, com vistas à construção do Plano de Integridade.

Por meio do Profip, os órgãos e entidades aderentes recebem orientações para criarem e harmonizarem mecanismos e procedimentos internos para prevenção, detecção e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades, desvios éticos e de conduta. Os órgãos e entidades devem melhorar a compreensão sobre o tema, bem como iniciar um processo de gestão da integridade. Tal forma de gestão deverá levar em conta quatro eixos (bases): avaliação de riscos relativos ao escopo; processo de monitoramento contínuo; a clara definição de instâncias e agentes responsáveis; comprometimento efetivo da gestão, através do apoio da alta direção.¹⁸⁴

A Controladoria-Geral da União- CGU disponibiliza um Manual Para Implementação de Programas de Integridade, com orientações para o setor público. O principal diferencial do programa é reforçar a imagem de um órgão ou entidade pública que atue de maneira limpa, imaculada, sem fissuras, que atue sem desvios, com base nos princípios e valores que norteiam a administração pública.

Os programas de integridade estão diretamente ligados à boa governança, uma condição para que todas as outras atividades do governo não só tenham confiança e legitimidade, mas

¹⁸³ Art. 3º O Profip deverá ser implementado nos órgãos e entidades aderentes mediante o cumprimento das seguintes etapas, desenvolvidas com apoio do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU, com vistas à construção do Plano de Integridade: I - assinatura do termo de adesão e seu encaminhamento à CGU; II - constituição formal de grupo de trabalho; III - elaboração e publicação de cronograma de atividades; IV - capacitação do grupo de trabalho; V - mapeamento dos riscos de integridade mais relevantes da organização, associados às áreas e processos de maior vulnerabilidade, com proposição de medidas de mitigação; VI - aprovação e publicação do Plano de Integridade pela alta administração.

¹⁸⁴ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/profip>. Acesso em: 31 jan. 2018.

também que sejam efetivas. Por tudo isso, fica claro que o programa tem papel relevante na prevenção à corrupção no setor público e mostra-se essencial para preservar a credibilidade das instituições públicas e das decisões tomadas.

3.1.2 Empresa Pró-Ética

O segundo modelo de política pública a ser analisado consiste no programa Empresa Pró-Ética, desenvolvido pela Controladoria-Geral da União em parceria com o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, que tem como objetivo promover no país um ambiente corporativo mais íntegro, ético e transparente.

A iniciativa, resultado de uma parceria entres os setores público e privado, consiste em fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.¹⁸⁵

De acordo com informações do site oficial do programa, o objetivo principal do Pró-Ética é conscientizar as empresas sobre seu relevante papel no enfrentamento da corrupção. Ao se posicionarem afirmativamente pela prevenção e pelo combate de práticas ilegais, são reduzidos os riscos de ocorrência de fraude e corrupção nas relações entre o setor público e o setor privado.¹⁸⁶

Importante dizer que o programa, ano a ano, atrai cada vez mais interessados¹⁸⁷, demonstrado o crescente interesse da iniciativa privada em atuar como parceira do Estado no enfrentamento à corrupção.

A parceria entre a CGU e o Instituto Ethos foi fortalecida com a formação de um Comitê Gestor composto por entidades dos setores público e privado, notadamente reconhecidas no meio empresarial que avaliam e concedem o Selo Pró-Ética as empresas. De acordo com os dados do programa, a avaliação é rigorosa e separada por área: comprometimento da alta direção e compromisso com a ética; políticas e procedimentos; comunicação e treinamento; canais de

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 22 jan. 2018.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 22 jan.2018.

¹⁸⁷ De acordo com os dados do programa, no ano de 2015 foram vintes empresas que receberam o selo Pro-Ética, em 2016 o número já subiu para vinte e oito. **No ano de 2017**, a edição do Pró-Ética contou com a participação de 375 empresas de todos os portes e de diversos ramos de atuação, sendo que após o processo de avaliação, 23 empresas foram aprovadas e reconhecidas como Empresa Pró-Ética 2017. Dados disponíveis em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 22 jan.2018.

denúncia e remediação; análise de risco e monitoramento; e transparência e responsabilidade no financiamento político e social.

O selo representa um reconhecimento de que a empresa possui um bom programa de integridade, além de prevenir a ocorrência de condutas ilegais e mitigar a pena em caso de responsabilização de infrações de corrupção, geram valor e publicidade positiva para as empresas. Por isso, a iniciativa do Ministério da Transparência com a criação do selo Pró-Ética merece reconhecimento.¹⁸⁸

Interessante destacar que o Pró-Ética recebeu uma série de congratulações internacionais. Para exemplificar, para o OEA, trata-se de uma “Boa Prática” adotada pelo Brasil¹⁸⁹. A OCDE considera-o como “um esforço positivo do governo brasileiro”¹⁹⁰. Segundo a UNODC, “é um dos melhores exemplos de incentivos para que as empresas invistam voluntariamente em programas anticorrupção e outras medidas que fortaleçam a integridade corporativa”¹⁹¹. É preciso considerar que os avanços na luta contra a corrupção, com reconhecimento internacional, como os citados, favorecem a avaliação do país internacionalmente, ressaltando a altivez na implementação dos dispositivos das convenções internacionais de combate à corrupção que o Brasil é signatário.¹⁹²

Em vista dos argumentos apresentados, faz-se necessário reconhecer que o programa Empresa Pró-Ética tem se consolidado como uma importante referência, do setor empresarial, para aqueles que almejam construir e integrar uma sociedade cujas relações negociais, especialmente com o setor público, tenham por fundamento a integridade, a competência, a ética, e o respeito à livre concorrência.

¹⁸⁸ BITTAR, Alan. Empresas precisarão de *compliance* para sobreviver. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-30/alan-bittar-empresas-precisarao-compliance-sobreviver>. Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁸⁹ O Pró-Ética foi reconhecido como Boa Prática, no âmbito da quarta rodada de avaliação da OEA (Organização dos Estados Americanos), pela Comissão de Peritos do MESICIC - Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, em 2012.

¹⁹⁰ Reconhecimento dado no âmbito da terceira rodada de avaliação da Convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), realizada em 2014.

¹⁹¹ A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, 2013. http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Resource_Guide_on_State_Measures_for_Strengthening_Corporate_Integrity.pdf, pág. 38.

¹⁹² BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP | Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017.

3.2 O *compliance* como instrumento de prevenção e combate a corrupção e mitigação de riscos.

Como se viu, a busca por instrumentos e técnicas de combate à corrupção é um novo marco no Brasil. Especialmente no que se refere ao controle das licitações e contratos é preciso buscar meios para prevenir a prática de corrupção em decorrência de fraudes na realização dos procedimentos licitatórios e nas contratações pelo poder público.

Nessa conjuntura, o *compliance* se desponta como um dos principais instrumentos de prevenção e combate à corrupção, pois pode ser definido como um conjunto de ações e planos adotados facultativamente por pessoas jurídicas, visando garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral.¹⁹³

Em termos práticos, o *compliance* consiste em planejar a prevenção de riscos de desvios de conduta e descumprimento legal, além de incorporar métodos para detectá-los e controlá-los, tudo isso por intermédio de um programa de *compliance*, também conhecido como programa de integridade. Ele mobiliza os gestores a uma postura mais proativa e preventiva no gerenciamento e no tratamento dos riscos que permeiam a atividade empresarial e comprometem sua sustentabilidade.¹⁹⁴

O *compliance* habilita-se como instrumento apto a envolver a sociedade civil nessa política pública, pois diferentemente de outros institutos que tiveram esse propósito, como a ação popular, transcende o voluntarismo utópico.

Com efeito, tradicionalmente o combate à corrupção, no direito contratual com a administração, era opção altruísta e episódica. O desestímulo para tanto era eminentemente punitivo. Agora, diante da peculiar função promocional e de fomento às condutas éticas e probas, em meio às atividades privadas e negociais, bem como em razão do reforçamento positivo decorrente encorajamento dado pelo instituto, o *compliance* transcende a lógica meramente impositiva e sacrificial, para produzir, no cidadão, o estímulo necessário para, ainda que acidentalmente, combater a corrupção.¹⁹⁵

¹⁹³ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 95.

¹⁹⁴ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 24

¹⁹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 119/120.

É preciso considerar que apenas as previsões legais genéricas e abstratas não são capazes, por si só, de coibirem as práticas corruptas no seio da sociedade, tendo em vista que o ordenamento jurídico positivado não significa que será, necessariamente, dotado de efetividade.

Como já mencionado, é ingênuo acreditar que a existência de previsão legal incriminadora ou proibitiva de determinadas condutas ilícitas sejam capazes de diminuir ou reduzir as práticas corruptivas. Assim, é necessário que sejam adotadas medidas alternativas pelo Judiciário e pelo Executivo de modo que se desestime a prática criminosa.

Nesse cenário, a Lei Anticorrupção, por exemplo, apresenta sanções exemplares e ao mesmo tempo em que penaliza, a lei abre janelas estimulando a criação de programas de *compliance*, inserindo no país o seletivo grupo de nações capitalistas que procuram conferir ética às atividades empresariais.¹⁹⁶

Ao adotar tais medidas, espera-se que o objetivo da lei se cumpra, ou seja, a eliminação ou, ao menos, a diminuição dos índices de corrupção nas relações entre as empresas e a Administração Pública.

É bom acrescentar ainda que no âmbito da Administração Pública o *compliance* também deve ser aplicado, haja vista que o Poder Público não só deve se submeter à legislação anticorrupção, como deve dar o exemplo de boa-fé, legalidade e boa governança. Assim, a partir da edição da Lei 13.303/2016, Lei das Estatais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, abrangendo todas as empresas que pertencem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e que explorem atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, devem evitar, detectar e sanar qualquer tipo de desvio, seja um ato ilícito, fraudes ou simplesmente irregularidades administrativas que estejam em desconformidade com o novo modelo de combate à corrupção e ao suborno.

É bem verdade que a Constituição da República de 1988 já trazia expressamente em seu artigo 37 os princípios que regem a Administração Pública, isto é, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Além desses, outros princípios também influenciam direta ou indiretamente o Poder Público, como por exemplo, a ética, a transparência e a integridade. Não é à toa que o Sistema de Gestão de *Compliance* também é chamado de Programa de Integridade.¹⁹⁷

¹⁹⁶ MOREIRA, Fábio Lucas. Breves anotações sobre a lei anticorrupção. In PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (organizadores). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Pág. 80.

¹⁹⁷ LUCHIONE, Carlo Huberth; CARNEIRO, Claudio. *Compliance e Lei Anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público*. In PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (organizadores). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Pág. 86/87.

Em virtude do que foi mencionado, pode-se afirmar que o tratamento legal regulamentando as Empresas Estatais está na mesma direção que o tratamento concedido às demais empresas privadas. Em suma, o objetivo a ser alcançado é mesmo, tanto nas empresas privadas quanto nas públicas, evitar a ocorrência de esquemas de corrupção e de suborno nas contratações públicas e nos demais atos praticados na esfera pública.

O *compliance* também está ligado à diminuição do risco na atividade administrativa e, conseqüentemente, no aumento da segurança jurídica das relações desenvolvidas entre o setor público e o privado. Para César Luiz Pasold Júnior, um dos pilares do desenvolvimento social é a segurança jurídica; a corrupção é um dos seus principais opositores, é um pilar da insegurança. É um verdadeiro desestímulo ao investimento e desenvolvimento produtivo. E deve ser adequadamente combatida, sob pena de gerar o efeito perverso de afastar o investimento.¹⁹⁸

Nesse sentido, é interessante perceber o *compliance* como uma série de medidas internas a serem observadas para evitar e diminuir os riscos de violação às leis que regulam a atividade desenvolvida ou caso alguma violação seja identificada, ter a capacidade de corrigi-la de forma imediata.

O *compliance* tem a função de monitorar e assegurar que os todos os envolvidos como uma empresa estejam de acordo com as práticas de conduta da mesma. Essas práticas devem ser orientadas pelo Código de Conduta e pelas Políticas da Companhia, cujas ações estão especialmente voltadas para o combate à corrupção. Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide de forma mais adequada possível como o problema.¹⁹⁹

Diante desse quadro, não se pode adiar, que o investimento e desenvolvimento de um programa de *compliance* representa atualmente uma necessidade concreta em razão dos riscos a que uma organização pode estar submetida. Ao adotar o *compliance* como meio de prevenção dos riscos, evita-se a imposição e redução de eventuais penalidades, facilita-se a realização de acordos com as autoridades fiscalizatórias e impacta de forma positiva a imagem da empresa.

¹⁹⁸ JÚNIOR, César Luiz Pasold. Corrupção: um dos pilares da insegurança jurídica no desenvolvimento empresarial nacional. In PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (organizadores). O *compliance* como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegres: Livraria do Advogado, 2017. Pág. 120.

¹⁹⁹ UBALDO, Flávia Safadi. Lei Anticorrupção: a importância do programa de *compliance* no cenário atual. In PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (organizadores). O *compliance* como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegres: Livraria do Advogado, 2017. Pág. 121.

Por derradeiro, faz-se mister salientar que Carla Veríssimo, em pesquisa desenvolvida para investigar a aptidão da Lei nº 12.846/2013 para incentivar as empresas brasileiras a adotarem programas ou medidas simplificadas de *compliance*, alcançou importantes conclusões.

Segundo a autora, as perspectivas de uma sanção civil ou administrativa não infunde temor significativo às pessoas jurídicas, e o benefício oferecido para aqueles que possuem e implementarem programas de *compliance* é pequeno, para motivar sua adoção. Logo, a Lei nº 12.846/2013, tal como está formulada e por si só, não irá provocar um aumento no uso de programas e medidas de *compliance* anticorrupção pelas empresas brasileiras.²⁰⁰

Todavia, Carla Veríssimo apresenta quais seriam, ao seu sentir, as medidas que deveriam ser adotadas para alterar o quadro narrado:

A forma de estimular a adoção do *compliance* anticorrupção passa necessariamente pelo aumento da probabilidade de punição (uma ameaça crível de sanção que seja aplicada em menor tempo e com mais certeza, reduzindo a impunidade) e pelo aumento dos benefícios oferecidos (influência do *compliance* na esfera de responsabilização civil, com eventual possibilidade da empresa não ser processada ou sancionada, caso tenha adotado medidas razoáveis para prevenir o ilícito, além de ter adotado ações corretivas e colaborado, espontaneamente, com as autoridades públicas).²⁰¹

A vista do exposto, seria necessário que o Brasil criasse mecanismos para aumentar a probabilidade de que os atos de corrupção sejam apurados e devidamente punidos e, ao mesmo tempo, se incentivasse mais a implantação dos programas de *compliance*, o que se daria por meio do aumento dos benefícios oferecidos para as empresas que tivessem programas verdadeiramente efetivos.

E Carla Veríssimo conclui afirmando que para alterar essa equação é necessário desequilibrar o mercado da corrupção, ou seja, fazer com que a utilidade esperada com a conduta ilícita seja menor, muito menor, do que a utilidade caso a empresa não pratique o delito. Dito de outro modo, é preciso aumentar o custo do crime.²⁰²

Em conclusão, existem vários motivos para se implementar, desenvolver e manter um programa de *compliance* efetivo, e, dentre eles, merece protagonismo a mitigação dos riscos e a busca pela diminuição dos índices de corrupção.

²⁰⁰ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 352.

²⁰¹ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 353.

²⁰² VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 353.

3.3 O *compliance* nas empresas que contratam com o poder público: os sistemas de incentivo e a importância de uma cultura de conformidade

A Administração Pública é responsável por desempenhar uma grande quantidade de atividades, para tanto, mostra-se necessária a celebração de incontáveis contratos com terceiros, na maioria das vezes empresas responsáveis pela elaboração de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços.

Como já mencionado no primeiro capítulo, as contratações públicas, via de regra, são precedidas de uma licitação, a fim de garantir segurança jurídica e justiça, impedindo que o interesse público seja deixado de lado em favor de fins escusos ou ilegais.

A licitação visa, ainda, impedir que o administrador público faça escolhas subjetivas, afastando a melhor proposta em razão de decisões pessoais, situação que violaria claramente o princípio da impessoalidade que deve reger toda a atividade estatal.

Cumprir evidenciar também que a licitação, do mesmo modo que os demais atos praticados pelos agentes públicos, deve seguir os princípios constitucionais pilares da Administração Pública, notadamente aqueles elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, são eles:

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

Logo, havendo violação a um dos princípios e regras específicas de maneira que se comprometa a finalidade do procedimento licitatório, estará frustrado o certame e identificado um caso de corrupção.

A observância de referenciais mínimos de eficiência na licitação, e na ulterior celebração e execução do contrato administrativo, exige dedicação linear por parte da Administração Pública, que não pode negligenciar nenhuma dessas fases. As necessidades da Administração devem ser previstas com antecedência possível, o que demanda planejamentos adequados; a correta elaboração do edital de licitação passa por um projeto básico hábil e harmônico com o estágio da técnica e as necessidades da Administração; a contratação de diversos objetos interligados, se em bloco ou separadamente, exige sensibilidade de competição e, de modo correlato, a diminuir o quantitativo de propostas; e a correlata fiscalização da execução contratual é

imprescindível à preservação do interesse público, que não será alcançado, apenas, com zelo da elaboração do edital e na celebração do contrato.²⁰³

Muitos serão os motivos que poderão ensejar a frustração da licitação, o que será identificado a partir do caso concreto. O que pode afirmar é que configurada a ilegalidade do contrato administrativo, quer seja por vício ou por mácula no certame licitatório, deverá ser declarada sua nulidade, conforme artigo 59 da Lei nº 8.666/93.²⁰⁴

Por outro lado, sob a óptica empresarial, a corrupção, em inúmeras ocasiões, é vista como um instrumento necessário à manutenção da própria competitividade entre os que atuam em um meio reconhecidamente corrupto.

Na visão de Emerson Garcia:

Aqueles que abdicarem da corrupção se verão em uma posição de inferioridade em relação aos competidores que utilizam desse mecanismo, sendo possível, até mesmo, sua exclusão da própria competição (v.g: órgão público cujos agentes fraudam com frequência suas licitações, ou que exigem um percentual do objeto do contrato para a sua adjudicação, somente permitirá que o certame seja vencido por empresa que se ajuste ao esquema de corrupção). Incide, aqui, em toda a sua intensidade o conhecido dilema do prisioneiro: os corruptos não se abstêm das práticas ilícitas porque desconhecem o comportamento que será adotado pelos seus pares. O contratante beneficiado pelos atos de corrupção, por vezes, deixa de cumprir os requisitos exigidos para o caso e não realiza a melhor prestação, isto porque o custo da corrupção haverá de ser transferido para a execução do contrato, o que redundará em prestação com quantidade ou qualidade inferior à contratada. As formas de corrupção – não só toleradas como estimuladas no âmbito empresarial- apresentam múltiplas variações. Dentre as mais comuns, podem ser mencionadas: a) a entrega de presentes aos agentes públicos que, no exercício da função, de algum modo possam beneficiar a empresa; b) a desmesurada hospitalidade na recepção dos agentes públicos; c) o custeio de despesas que recaem sobre tais agentes; d) o fornecimento de viagens gratuitas; etc.²⁰⁵

Em razão do exposto, pode-se afirmar que o combate à corrupção não está ligado unicamente à existência de severas normas sancionadoras, muito mais do que isso, depende do redimensionamento de institutos consagrados na prática cotidiana.

²⁰³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 481.

²⁰⁴ Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

²⁰⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 69.

Vale mencionar que, no caso específico de licitações, a fraude provoca danos na Administração Pública, mas também atinge a sociedade em geral. Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia “corrupção significa não que alguém foi furtado, mas significa que uma sociedade inteira foi furtada, por uma escola que não chega, pelo posto de saúde que não se tem, pelo saneamento básico, que centenas de cidades não têm, exatamente pelo escoadouro dessas más práticas”. Logo, a extensão do dano pode ser imensurável.

Dado o exposto, seguindo a orientação das convenções internacionais, que enxergam na prevenção o meio mais adequado para atacar as causas do problema de fraudes em licitação, o *compliance* ganha cada vez mais destaque.

O Programa de Integridade está previsto no art. 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/15 e na Portaria CGU nº 909/2015, a qual trata integralmente desse assunto.

Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

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

Nota-se que a partir da edição do decreto, ficaram estabelecidos os mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria, aplicação de códigos de ética e conduta e incentivos de denúncia de irregularidades que devem ser adotados pela empresa e monitorados pela Controladoria Geral da União. De acordo com o documento, o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa.

Mediante os fatos expostos, vale ressaltar que especialmente após a publicação da Lei Anticorrupção Empresarial, o Brasil foi tomado por uma onda de combate à corrupção e à fraude em licitações e contratos administrativos. Esse movimento, inserido em um contexto de incentivo à integridade, à moralidade e à probidade administrativa, acompanhado de uma indissociável e necessária mudança cultural, implicou consequências em diversos entes da

federação, que passaram a exigir a implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas empresas que se relacionam em suas esferas de poder.

Ainda é preciso acrescentar que a Convenção da Nações Unidas Contra a Corrupção dispõe no artigo 91:

Cada Estado parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção.

Também a Organização para a Cooperação e do Desenvolvimento Econômico-OCDE recomendou ao Governo Federal brasileiro o fortalecimento da integridade nas licitações públicas como instrumento estratégico para a prestação de serviços públicos pelos governos, reconhecendo sua suscetibilidade à improbidade e aos desvios.

É interessante considerar que alguns estados já contam com legislação própria regulamentando a exigência de programas de *compliance* para as empresas que tenham interesse em contratar com a administração pública.

Em comentários sobre as previsões das leis estaduais, ressalta-se o posicionamento de Edmo Colnaghi Neves:

Um motivo adicional refere-se ao diferencial competitivo que representa ter um programa de integridade efetivo. A legislação do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu, em 2017, a obrigatoriedade, para empresas que venham a participar de licitações, de haver um programa de integridade efetivo, dando um prazo para que elas se adaptem às novas regras. Se atualmente isso é um diferencial competitivo, é possível que a médio prazo aqueles que não tiverem um programa de integridade acabem por ficar fora do mercado.²⁰⁶

O raciocínio defendido pelo autor é bem simples: considere-se diante de duas empresas de grande porte, em que uma tenha o tema do *compliance* em alta consideração em sua governança corporativa, apresentando um programa de *compliance* efetivo e de outro lado uma outra empresa que não apresente programa de *compliance*. Quais das duas será escolhida? É evidente que em condições de igualdade, qualidade e preço similares, o programa de

²⁰⁶ NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance empresarial: o tom da liderança: estrutura e benefícios do programa*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 25.

compliance será um diferencial competitivo, que levará o contratante a contratar aquela empresa.

O Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal foram pioneiros no tema, publicando leis específicas e responsáveis por disciplinar o tema da implementação de Programas de Integridade e *Compliance* em empresas que se relacionam com a Administração Pública naquelas localidades.

O Estado do Mato Grosso, por sua vez, passou a exigir a assinatura de um Termo Anticorrupção pelas empresas contratadas, o que, na prática, também por imposição legal, determina que essas empresas adotem políticas e procedimentos semelhantes aos Programas de Integridade e *Compliance* disciplinados nos diplomas fluminense e distrital.

Já o estado do Rio Grande do Sul, de forma bastante diversa dos demais entes, optou por, ao regulamentar a Lei Anticorrupção em âmbito estadual, designar um capítulo específico para tratar da exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* em empresas que se relacionam com o Poder Público gaúcho.

Outros estados, municípios e até mesmo entidades públicas também demonstraram preocupação com a integridade nas relações contratuais da Administração Pública, de modo que, ou iniciaram a tramitação de projetos de lei que tratam da exigência da Implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas empresas que se relacionam com o Poder Público, ou possuem normativos internos nesse sentido. Esse é o caso do Estado de São Paulo, com o PL nº 723/2017, do Estado de Espírito Santo, com o PL nº 05/2018, do Estado de Santa Catarina, com o PL 1.274/2018 e do Estado de Tocantins, com o PL nº 08/2018.²⁰⁷

A vista do exposto, pode-se notar que exigência de *compliance* nas contratações públicas já é uma realidade, não pairando dúvida ante à preocupação da estrutura orgânica brasileira para com os movimentos em prol do combate à fraude e à corrupção nas contratações públicas, sendo, certamente, esse o interesse externado por detrás das novas exigências normativas.

De acordo com Marcos Assis, a grande dificuldade da atividade do *compliance* é evidenciar aquilo que as pessoas já estão cansadas de saber. O grande desafio é convencer as pessoas a fazerem o correto, mesmo quando a grande maioria que está à sua volta faz o errado.²⁰⁸

²⁰⁷ZILIOTT, Mirela Miro. Tendências normativas do *compliance* nas contratações públicas. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=9a5aaa8fb72c5f2ad87977044c844555>. Acesso em :14 abr. 2019.

²⁰⁸ ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 16.

É preciso evidenciar que a cultura de controle está melhorando, em comparação ao passado, mas ainda se tem um longo caminho a percorrer.

Entretanto, devemos evidenciar que, para muitos, ainda são novidade as questões de gestão de riscos e segurança da informação. Esses assuntos devem estar na alça de mira dos profissionais de conformidade (*compliance*), controles internos e auditoria; afinal, *compliance* não é somente leis e regulamentos; é gestão de negócios dentro da conduta, ética e responsabilidade corporativa.²⁰⁹

Em relação à ética e responsabilidade corporativa, Newton de Lucca lembra que empresa também tem sua função social.

Sem embargo do amplo e interminável debate que o tema comporta, pode-se dizer que cumprir uma função social implica assumir a plenitude da chamada responsabilidade social, vale dizer, a consciência de que todos nós temos, em maior ou menor grau – como cidadãos, em geral, ou como empresários, em particular -, o indeclinável dever ético de colocar em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os semelhantes.²¹⁰

Corroborando o já afirmado, também é preciso considerar que a sociedade está cada vez mais exigindo uma nova filosofia de atuação dos empresários. Há uma exigência social de que a empresa tenha consciência do seu papel na sociedade, pois está integrada ao seio social, e também é da sociedade que tira seu sustendo. Logo, com ela deve interagir por meio de uma intensa ação social.

Soma-se ao que foi dito que, no caso da empresa, sua responsabilidade social, além da questão ética, também está atrelada às questões de ordem jurídica. Nesse quadro, para que exerça sua função social deverá se preocupar tanto com fatores internos quanto externos. Sob a óptica interna, deve-se ter em mente uma política empresarial direcionada ao desenvolvimento profissional e humano dos trabalhadores da empresa. Como exemplos, pode-se mencionar o cumprimento da legislação trabalhista e social, o desenvolvimento de uma política de recursos humanos, socialmente e eticamente responsável, com uma política salarial isonômica, etc.²¹¹

Restou evidenciado, portanto, que o *compliance* representa esse novo ambiente de fomento à integridade.

²⁰⁹ ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. Pag. 17.

²¹⁰ LUCCA, Newton de. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pág. 328/329.

²¹¹ LUCCA, Newton de. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pág. 329.

3.4 O *compliance* como pilar de contratações públicas e o direito fundamental à boa administração

Em conformidade com tudo que foi analisado até o momento, já se pode afirmar que o *compliance*, que antes era prática apenas do ambiente corporativo privado, já representa uma nova realidade na sociedade e principalmente na relação entre Administração e empresas. Nesse contexto, é natural que o *compliance* ganhe protagonismo na celebração de contratos públicos, pois é nesse momento que a relação público/privada fica mais aflorada.

Como já mencionado no capítulo de abertura, as contratações públicas estão diretamente ligadas ao direito fundamental à boa administração, notadamente pelo fato de que, na maioria das vezes, é por meio das licitações e contratos públicos que os serviços públicos são prestados à população.

Nesse ambiente, não se deve perder de vista o dever de conservar o patrimônio público. Sob esse ponto, Reuder Cavalcante Motta enfatiza:

A Carta Política apresenta um conjunto de preceitos constitucionais que impõe ao Estado, por meio de suas políticas públicas, a realização de tarefas em relação ao objeto do patrimônio público, social e ambiental. Tais tarefas foram definidas por meio dos seguintes verbos: conservar, proteger, impedir (a destruição), defender, promover e valorizar. Todos eles trazem em si noção de cuidado, seja como atitude ativa, como exprime o verbo promover, seja numa atitude passiva, como inicialmente exprime o verbo conservar.²¹²

Soma-se ao dever de proteção do patrimônio, outro fator importante. O direito administrativo - resultado, no campo do direito, da implantação de certo modelo político, o do chamado Estado de Direito- liga-se a este fundamental objetivo: o da negação do poder arbitrário. Daí o princípio da legalidade, em virtude do qual os atos administrativos não poderão ser fruto dos caprichos das autoridades. Daí, também, a submissão de toda a ação administrativa a diferentes níveis de controle, sem o que não há como impedir o arbítrio.²¹³

Das ideias dos autores pode-se extrair que o Estado tem o dever de velar sempre pela proteção do patrimônio público e pela concretização de políticas públicas, todavia sua atuação é limitada pelo princípio da legalidade, ou seja de observância a lei, e pelo controle, sejam os exercidos pelos órgãos competentes, seja o controle social. Só assim evita-se o arbítrio estatal e se busca a concretização do direito fundamental à boa administração.

²¹² MOTTA, Reuder Cavalcante. Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2002. Pág. 75.

²¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamento de Direito Público. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pág. 107

Considerando esse contexto inicial, não há dúvidas de que as contratações públicas, em razão dos altos índices de fraudes, estão ferindo o direito fundamental à boa administração. A Administração Pública, em todos os níveis, está ainda muito vulnerável a essas ocorrências, e seus sistemas de controle interno se apresentam deficientes, inexistentes ou ineficazes para combater as fraudes e a corrupção.

Sob esse enfoque, o *compliance* representa um dos principais instrumentos para se prevenir fraudes em licitações públicas. Os autores Flanklin Brasil Santos e Kleberon Roberto de Souza levantam cinco pontos primordiais que devem ser considerados na adoção do *compliance* nas contratações públicas.²¹⁴

O primeiro ponto seria a estruturação do ambiente do Programa de Integridade, buscando um comprometimento da alta direção, de forma a criar um efetivo programa de integridade, incentivando seus colaboradores e terceiros a zelar pelas políticas de procedimentos estabelecidos, garantindo dessa forma, a promoção de altos padrões de integridade. Mais especificamente, na fase de estruturação, deve-se priorizar pela existência de um setor específico de licitação na estrutura da entidade, com a correta definição de suas atribuições, coerente com o seu tamanho, natureza do negócio e localização geográfica, fato que permite objetividade e especialização quando do acompanhamento das atividades e da correta separação de responsabilidade pela execução das tarefas.

O segundo ponto seria a análise de risco de fraudes em licitação, haja vista que as políticas e os procedimentos definidos no Programa de Integridade devem estar baseados na gestão de riscos, utilizada para mapear, prevenir e controlar riscos que possam ameaçar os objetivos da licitação (edital restritivo, falta de publicidade, contratação direta indevida, cartelização, suborno, superfaturamento, etc.). Com fundamento na identificação e na análise dos riscos, se desenvolvem e aplicam mecanismos para reduzir as ameaças aos objetivos da licitação: garantir isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Dando continuidade, o ponto terceiro se refere ao desenho e implantação de atividades de controle, com o desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de detecção de fraudes e ilícitos no âmbito dos processos licitatórios. A organização governamental deve elaborar políticas e procedimentos baseadas no processo de gerenciamento de risco e fraude nas licitações, de modo que as políticas representem o posicionamento da alta direção sobre o que deve ser feito para combater as fraudes. Tais medidas podem ser implementadas por meio de

²¹⁴ SANTOS, Flanklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pág. 135/151.

uma Matriz de Riscos e Controles, que pode ser utilizada para implantação de um Programa de Integridade (antifraude) em licitação. Além disso, os padrões de comportamento esperados e proibidos de todos dentro da organização devem estar definidos em códigos de ética e conduta formalmente instituídos. O documento representa um dos principais instrumentos do Programa de Integridade e deve tratar dos valores e das condutas de forma transparente, ampla e objetiva.

Em quarto lugar, os autores alertam para a necessidade de comunicação e treinamento dos colaboradores e terceiros para que o programa de integridade em licitação funcione efetivamente. A comunicação e o treinamento são essenciais para incentivar a promoção de uma cultura de ética e de integridade na entidade. Também não se deve esquecer da necessidade de existência de canais para recebimento de denúncias de fraudes em licitações, abertos e amplamente divulgados a colaboradores e a terceiros, o que faz aumentar a capacidade de detecção de irregularidades, permitindo sua imediata interrupção e a tempestiva remediação dos danos gerados. Por fim, ainda nesse ponto, cabe mencionar a exigência de que a Administração Pública seja cada vez mais transparente quanto a seus programas, ações, projetos, obras, decisões, orçamentos, competências e estrutura organizacional, despesas, transferências de recursos financeiros e resultados, induzindo a alta direção e seus colaboradores a agirem com mais responsabilidade e eficiência no desempenho de suas atribuições.

Em último lugar, mais não menos importante, destaca-se a necessidade de monitoramento contínuo do programa de *compliance*, com o fito de avaliar como cada um dos parâmetros do programa está funcionando dentro da organização, fornecendo informações valiosas para avaliar sua efetividade e promover seus aperfeiçoamentos na prevenção, detecção e combate às fraudes em licitação. Assim agindo, é possível assegurar a pronta interrupção da fraude ou de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados. Por outro lado, também é possível aplicar medidas disciplinares em caso de violação do programa, demonstrando que desvio de condutas em relação às suas políticas e procedimentos não serão tolerados pela organização.

Portanto, esses são os principais pontos que devem ser observados para compor um programa de integridade em licitação pública e, por via de consequência, mitigar os riscos e diminuir os casos de corrupção.

Por todos os fatores levantados até o momento, é primordial lembrar que é cada vez mais comum a edição de leis que estipulem a exigência dos programas de *compliance* nas empresas que busquem contratar com poder público. O que se busca com essas medidas é a superação das principais tipologias de fraudes encontrados nos certames, buscando construir um ambiente de conformidade e respeito às leis.

Em contrapartida, já surgem vozes alegando a inconstitucionalidade formal das leis e atos normativos que exigem Programas de *Compliance* nas relações contratuais com a Administração Pública.

Na maioria das vezes, tal argumentação está fundada na possível restrição ao caráter competitivo do certame, haja vista que a exigência de implementação de Programas de Integridade e *Compliance* nas relações contratuais com a Administração Pública significaria restrição à competição. Isso porque, somente as empresas possuidoras desses programas poderiam participar das licitações públicas com a referida exigência.²¹⁵

A *prima face*, é preciso considerar que os argumentos não se sustentam. Em primeiro lugar, é bom observar que não se trata de uma condição à participação no certame (um critério de habilitação, por exemplo), mas, sim, de uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato, qualquer empresa poderá participar de processos de contratação pública, sem que a exigência lhe cause qualquer prejuízo.

Em segundo plano, em relação à alegação de inconstitucionalidade material pela suposta vantagem competitiva das empresas que já possuem Programas de Integridade e *Compliance* implementados, ressalta-se que é da natureza das contratações públicas a exigência de qualificação dos seus participantes, como também é natural e comum que determinados licitantes, pelo seu porte, missão, visão ou natureza, possuam determinadas qualificações que outros ainda não possuam, sem que isso implique, entretanto, restrição à competição. A bem da verdade, se a interpretação pela inconstitucionalidade fosse acertada, qualquer edital que disciplinasse uma exigência técnica para além daquelas constantes na Norma Geral de Licitações e Contratos incorreria em inconstitucionalidade material.²¹⁶

Levando em consideração os fatos narrados, é possível concluir que diante da fragilidade dos argumentos levantados em favor da inconstitucionalidade, entende-se superada a discussão.

Em que pese concordar com os argumentos discutidos acima, ou seja, pela constitucionalidade das leis que regulamentam a exigência de programas de *compliance*, Rodrigo Pironti ressalta que é importante enfrentar a questão de que os instrumentos normativos que veiculam tais exigências possuem alguns dispositivos que merecem reparo,

²¹⁵ ZILLOTTO, Mirela Miro. A constitucionalidade material da exigência de compliance nas contratações públicas. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=6a0fd37450fb71a9a7fc0564fbbda45a>. Acesso em 14 abr. 2019.

²¹⁶ ZILLOTTO, Mirela Miro. A constitucionalidade material da exigência de compliance nas contratações públicas. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=6a0fd37450fb71a9a7fc0564fbbda45a>. Acesso em: 14 abr. 2019.

justamente para afastar uma possível quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou ainda uma violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da previsibilidade, o que poderia afetar a manutenção das condições iniciais dos contratos.

Como exemplo, o autor menciona que a Lei do Distrito Federal (Lei 6.112/2018), no parágrafo único, de seu artigo 5º, determina que "para efetiva implantação do Programa de Integridade, os custos ou despesas resultantes correm à conta da empresa contratada, não cabendo ao órgão contratante o seu ressarcimento".

Na visão do autor, esse dispositivo, quando analisado em sua singularidade, não implicaria nenhum óbice à constitucionalidade. O problema surge, no entanto, quando de uma interpretação sistêmica da Lei distrital, já que a exigência da implementação dos programas serve, também, aos contratos já vigentes, nos termos da extensão disciplinada no inciso II, do artigo 2º da mesma Lei. Nesse caso, em homenagem ao equilíbrio econômico-financeiro, à vinculação ao instrumento convocatório e à previsibilidade das condições iniciais da avença, os custos pela implementação dos Programas de Integridade jamais poderiam ser suportados pelas contratada.²¹⁷

Interessante a colocação feita pelo autor, e parece acertada, tendo em vista a necessidades de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (teoria da imprevisão).

Em síntese conclusiva, Rodrigo Pirotini afirma defender a constitucionalidade da exigência e a obrigatoriedade de *Compliance* nas empresas que contratam com o Poder Público, mas alerta que uma metodologia de integridade que preconiza em sua concepção, ser norteadora da ética relacional e da segurança jurídica entre as partes, não pode permitir prejuízos e desequilíbrios contratuais para sua concretização.²¹⁸

No entanto, essas e outras que certamente surgirão são questões pontuais, típicas de momentos de transição e implementação de novas medidas. Certamente, com o tempo, serão reavaliadas e aprimoradas.

²¹⁷ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. A quebra do equilíbrio econômico-financeiro em razão da exigência de compliance nas empresas nos contratos vigentes com a administração. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=2a4b2e326de46e22142857c12340f484>. Acesso em: 14 abr. 2019.

²¹⁸ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. A quebra do equilíbrio econômico-financeiro em razão da exigência de compliance nas empresas nos contratos vigentes com a administração. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=2a4b2e326de46e22142857c12340f484>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Retomando o tema central, acresce-se que o engajamento e a participação do cidadão no combate à corrupção, por meio do *compliance*, encontra amparo, ainda, na teoria da horizontalização dos direitos fundamentais.

Segundo essa linha constitucional, os direitos fundamentais além da proteção que confere o cidadão entre os excessos e abusos praticados pelo estado contra seus direitos e interesses, também busca protegê-lo contra os ataques ilícitos que outro cidadão pratica, horizontalmente, contra seus legítimos direitos e interesses. Essa nos parece ser exatamente uma das graves consequências da corrupção e da improbidade administrativa. O desvio e o desperdício de recursos públicos não apenas drenam e impossibilitam a implantação das políticas públicas e pecariam o Estado. A corrupção corrói e degrada sentimentos agregáveis e éticos, salutares para o desenvolvimento da sociedade democrática.²¹⁹

Parece acertada a posição defendida pelo autor, haja vista que o *compliance* se conforma como manifestação do direito fundamental à boa administração, que por se caracterizar como direito fundamental, como já demonstrado no capítulo inicial, se sujeita, por evidência, à teoria da horizontalização dos direitos fundamentais.

Feita essa constatação, pode-se inferir que o *compliance* irradia efeitos e tem projeção nas relações entre particulares, seja entre indivíduos que têm relação jurídica com o Estado, seja entre cidadãos usuários dos serviços estatais. Seu feixe irradiante estabelece, mesmo nas relações privadas, verdadeiro dever cívico de todos os cidadãos em combater os desmandos administrativos, uma vez que a proteção a esse novo direito fundamental é incumbência e responsabilidade de todos.²²⁰

Rogério Sanches Cunha e Renee Souza prosseguem no raciocínio:

Como o combate à corrupção e o respeito à ética podem ser analisados como deveres de todos os cidadãos, temos que, em determinadas situações, é possível exigir que uma pessoa jurídica seja compelida a implementar um programa de *compliance*. A facultatividade, característica destaca anteriormente neste trabalho, cede à obrigatoriedade, desde que a conduta anterior da empresa tenha violado o direito fundamental à probidade administrativa. Assim como consequência da prática de um ato de corrupção, como medida de reparação dos danos sociais decorrentes desse tipo de lesão, é possível impor a uma empresa a obrigação de implementar um programa de *compliance*. A exigência, repita-se, em caráter excepcional, pode ser feita em um Acordo de Leniência, Termo de Ajustamento de Conduta, ou em uma demanda judicial, principalmente porque as sanções de responsabilização

²¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 119/120.

²²⁰ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 120.

judicial para aplicação das penas da Lei Anticorrupção, à luz do seu artigo 21, adotam o rito previsto na Lei nº 7.347/85, que admite sejam deduzidos pedidos que veiculem pretensão condenatória de obrigação de fazer. Trata-se de hipótese de judicialização de política pública, todavia, restrita à condenação por ato de corrupção, em que a obrigação de fazer é provimento jurisdicional cumulado às outras sanções legais.²²¹

Os autores ainda apresentam, como exemplo, interessante julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que uma sócia minoritária, em uma ação de obrigação de fazer, pretendia que a empresa com que matinha relação implementasse um programa de integridade. Todavia, a pretensão da sócia foi negada sob o argumento de que a intervenção judicial, como regra, na vida societária, deve ser mínima. Vejamos a ementa do julgado mencionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. **PRETENSÃO DE SÓCIA MINORITÁRIA DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE A EMPRESA CONSTITUA COMITÊ DE INTEGRIDADE E CONTRATAÇÃO DE AUDITORIA EXTERNA.** CONSELHO FISCAL. **LEI ANTICORRUPÇÃO.** INDEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO NÃO PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS. 1- Em ação de obrigação de fazer promovida pela agravante, foi indeferida tutela provisória em que esta pretende que a agravada, da qual é sócia minoritária, implemente programa de integridade, com contratação de consultoria indicada pela agravante, bem como contrate auditoria externa investigativa. 2- Ausência dos requisitos para qualquer das tutelas provisórias. 3- Agravante que deixa de indicar substituto para de seu representante no Conselho Fiscal, que renunciou. 4- A pretensão da agravante pode ser obtida por conselheiro fiscal (Lei n. 6.404/76, art. 163 e parágrafos), que pode atuar individualmente, ou com o próprio conselho, para obter as informações e as condutas pretendidas mediante intervenção judicial na companhia. Ônus da agravante, como sócia, que deixou de indicar seu representante no Conselho Fiscal. A intervenção judicial, como regra, na vida societária, deve ser mínima. 5- **Embora incontroversa a relevância da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), a mesma não é impositiva, mas contém, somente, a recomendação de condutas para fins de amenização das sanções penais, civis e administrativas.** 6- **Voto vencido que admite a força impositiva da Lei Anticorrupção e provê o recurso.** 7- Agravo de instrumento não provido, por maioria de votos. (TJSP; Agravo de Instrumento 2065937-30.2017.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2017; Data de Registro: 28/08/2017)

O caso merece atenção, pois são situações novas que serão apresentadas ao Poder Judiciário e que merecem soluções que se harmonizem com o novo momento. Mas ainda mais interessante é o voto vencido, de autoria do Desembargador Cesar Ciampolini que admitia a

²²¹ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pág. 120.

força impositiva da Lei Anticorrupção em razão do dever de boa-fé, lealdade e função social da empresa.

Por via dos fatos, pode-se garantir que o tema do *compliance*, embora velho conhecido dos profissionais que atuam com controles internos, auditorias e conformidade, ganhou relevância nos últimos tempos, em razão dos grandes escândalos que, no Brasil e no mundo, envolvem a prática de corrupção. Mesmo com todos os argumentos que já foram discutidos ao longo deste trabalho e que justificam a implantação de programas de *compliance*, cumpre observar que as empresas ainda têm resistência em implementar uma área específica de *compliance*.²²²

Nessa linha de raciocínio, é preciso que acionistas, sócios, parceiros, fornecedores, administradores e clientes exigem retidão e transparência das empresas, norteando-as à remodelação de seus negócios com base nas melhores práticas de governança corporativa, cobrando-lhes maior zelo no processo decisório, notadamente no que se relaciona com a neutralização de interesses particulares em detrimento do melhor interesse comum, e na relação com agentes público, evitando a ocorrência de atos de corrupção.

A missão é árdua, pois tratar sobre *compliance* é enfrentar definições em inglês pouco esclarecedoras, emaranhar-se na confusão entre direito e governança corporativa frente ao tema e se deparar com premissas (muitas vezes vazias) de ética corporativa. Bem por isso, embora o interesse por estar em *compliance* tenha se popularizado, o trabalho do profissional de *compliance* — e seus benefícios — ainda é pouco compreendido.²²³

Todavia, a missão não é impossível, pois as vantagens de se beneficiar com um programa de integridade e atender às obrigações de *compliance* definidas em lei são absolutamente maiores. Para a empresa, o estabelecimento de um programa de *compliance*, consiste, basicamente, em instituir um conjunto de medidas de integridade com o objetivo de evitar, detectar e interromper a ocorrência de irregularidades definidas pelas normas da empresa e pela legislação.

É preciso demonstrar ao público que a empresa se preocupa com ética corporativa, adequar-se às legislações específicas às quais a atividade esteja sujeita e empreender esforços

²²² Área de compliance é raridade mesmo em empresas do Novo Mercado. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/area-de-compliance-e-raridade-mesmo-em-empresas-do-novo-mercado/?fbclid=IwAR29vUiuhOOjkk0cvDbpi8GTJ2sj8-0M3vxzQDJTOagtu7BCKJEUg0A3Mo>. Acesso em: 13 abr. 2019.

²²³ FERNANDES, Fernando Augusto; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Programa de compliance é também para pequenas empresas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/opiniao-compliance-tambem-pequenas-empresas?fbclid=IwAR06nJ2mA4OZXjLnkc9BZG-P2qN8AQ_Fszs3QQOGaGQQSVPeWlx_tqbH-M. Acesso em: 14 abr. 2019.

para evitar fraudes e prevenir riscos, até mesmo os criminais, são benefícios que o *compliance* pode proporcionar, desde que realizado com seriedade e profissionalismo.²²⁴

O resultado é o melhoramento da imagem da empresa, a diminuição de demandas judiciais, de multas administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização e a abertura para a realização de contratações públicas, tendo em vista que cada vez a exigência de programas de *compliance* é requisito para garantia da celebração do contrato administrativo.

Para a Administração Pública o cenário não é muito diferente, o caos desnudado pela operação “lava jato” deixam latentes as feridas que a corrupção e a má gestão causam ao país. É fato notório que empresas envolvidas arcaram com multas altíssimas determinadas em acordos de leniência e, dirigentes, antes respeitados, respondem a ações penais em que diversas prisões foram realizadas. Logo, fundamental priorizar um ambiente propício ao *compliance*, de modo a se evitar que tais situações se repitam, ou pelo menos, que se repitam com menos frequência.

Para encerrar, é essencial ressaltar que a relação jurídica entre empresas e a Administração Pública, efetivadas, na maioria das vezes pelas contratações públicas, são hoje um dos pontos principais de preocupação do direito administrativa.

Evidenciando esse aspecto, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira Silva enfatiza:

A relação jurídica surge, em nossos dias, como um novo conceito central do direito administrativo, capaz de ocupar a posição pertencente ao acto administrativo na dogmática tradicional. Perante a crise do acto administrativo, que já não é mais forma dominante de actuação, nem consegue abarcar a integralidade do relacionamento da Administração com os particulares (mesmo quando aquela actua através de decisão unilateral), a relação jurídica administrativa parece ser o instituto mais adequado para permitir enquadrar todo o universo dessas ligações (compreendendo tanto as ligações dos privados com as autoridades administrativas, como aquelas que estas estabelecem entre si), seja qual for a forma de actuação em causa, e quer se trate de vínculos jurídicos anteriores ou posteriores a essa forma de actuação.²²⁵

Em conclusão, pode-se afirmar, seguramente, que a solução perpassa pelo respeito ao direito fundamental à boa administração.

²²⁴ FERNANDES, Fernando Augusto; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Programa de compliance é também para pequenas empresas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/opiniao-compliance-tambem-pequenas-empresas?fbclid=IwAR06nJ2mA4OZXjLnkc9BZG-P2qN8AQ_Fszs3QQOGaGOQSVTPeWlx_tqbH-M. Acesso em: 14 abr. 2019.

²²⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 150.

O reconhecimento de direitos fundamentais implica o equilíbrio das posições relativas dos particulares e da administração pública. O indivíduo titular de direitos fundamentais não ocupa já uma posição de subalternidade perante as autoridades públicas, antes goza de um estatuto que lhe permite relacionar-se com elas de “igual para igual”. Os direitos fundamentais transformaram as “relações de poder” em verdadeiras relações jurídicas, elevando um simples termo de referência objetiva, que era o de administrado, à categoria de centro de imputação subjetiva de direitos e deveres. [...] O reconhecimento da titularidade de direitos subjetivos perante as autoridades públicas, enquanto projeção jurídica da dignidade da pessoa humana, constitui um princípio essencial do Estado de Direito, cuja consagração determina importantes consequências práticas no domínio do Direito Administrativo.²²⁶

Só assim, respeitando os direitos fundamentais, reconhecendo o indivíduo como centro do ordenamento, garantindo que os serviços públicos sejam prestados de maneira eficiente, por meio de contratos públicos que prezem pela moralidade e, utilizando cada vez mais das técnicas de governança, entre as quais se destaca o *compliance*, é que se alcançará um país melhor e livre da corrupção.

²²⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 212/213.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública, assim como a sociedade e mundo, está em constante transformação, motivados por uma era pós-moderna, marcada pelo dinamismo, complexidade e rapidez de mudança.

Ao longo de sua evolução, a Administração Pública foi inicialmente patrimonialista, marcada pela falta de distinção entre o público e o privado. Depois, o modelo burocrático, que tinha como viés a especialização e profissionalização do setor Público. No período, era maior o controle estatal, contudo, o resultado foi o entrave da atividade administrativa. Por fim, o modelo que se tem hoje, conhecido como gerencial, pautado na eficiência na prestação do serviço público e na descentralização administrativa. Todavia, ainda hoje é possível enxergar traços na Administração Pública de modelos que há muito deixaram de existir.

Apesar de se buscar uma imagem gerencial, a Administração Pública brasileira ainda apresenta marcas do regime burocrático e patrimonialista, principalmente na seara das contratações públicas.

A Constituição de 1988 busca mudar esse panorama. O novo modelo constitucional influenciou de sobremaneira a Administração Pública, notadamente pelo fato de ter alicerçado o seu sistema no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, deu-se início ao processo de constitucionalização do direito administrativo, marcado pela escolha de se eleger o ser humano como origem e fim da produção normativa e do agir estatal.

O novo regime instaurado influenciou diretamente no sistema de contratações públicas, que passou a ter como principal objeto a prestação dos serviços públicos de forma eficiente e proba, de modo a garantir a seleção da melhor proposta e o desenvolvimento nacional. O processo passou a ser muito mais participativo, exigindo uma maior interação entre o setor público e o privado.

Nesse contexto, é fundamental ressaltar o reconhecimento, primeiro no plano internacional e depois nacional, do direito fundamental à boa administração, ou a “*good governace*”. A *good governance* assume o protagonismo mundial de um novo modelo de Estado, conectado com a transparência, a probidade, o diálogo, a eficiência e a responsabilidade dos gestores.

No Brasil a teoria se difundiu e, embora não esteja de forma expressa na Constituição, é reconhecida como direito fundamental, em razão da abertura constitucional prevista no art.

5º, § 2º, da CF, que reconhece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime de princípios e tratados internacionais pelo Brasil adotado.

Com base no novo modelo constitucional e internacional, foi primordial que a Administração Pública, visando uma melhoria na prestação dos serviços públicos, se abrisse para novas formas de gestão. Sob essa óptica, é importante mencionar, especialmente, o tema da governança no setor público.

A governança corporativa, surgida no direito privado, está relacionada com a garantia dos direitos dos acionistas das corporações, significando um conjunto de mecanismos que visam equilibrar os interesses de todos os envolvidos. Segundo a OCDE, trata-se de um sistema segundo o qual as corporações são dirigidas e controladas.

A governança apresenta princípios firmes que garantem sustentação, são eles a transparência (*disclosure*), a equidade (*fairness*), a prestação de contas (*accountability*) e a conformidade (*compliance*). Tais princípios são usuais nos conceitos de governança corporativa e estão expressos nos códigos de boas práticas.

Em razão da importância, os princípios da governança migraram para a área pública, dando origem à governança pública. A governança pública pode ser compreendida como a forma que os governos têm de avaliar, monitorar e direcionar as ações públicas. A diferença é que no setor público o que se almeja é assegurar o interesse dos cidadãos usuários do serviço público e toda a sociedade de uma forma geral.

A governança pública também se encontra diretamente atrelada a ideia de controle da Administração Pública, garantido, assim, uma gestão pública responsável. Dentro desse contexto, o *compliance*, que apresenta a ideia de estar em conformidade, de acordo com as leis e ordenamento, emerge como uma importante ferramenta de boas práticas.

O *compliance* tem se expandido por diferentes frentes, ganhado fôlego e se tornado objeto de novas iniciativas no setor público e privado. Sob essa perspectiva, o *compliance* supera a posição de um mero instituto de governança, representando, na verdade, um novo valor, muito próximo da ética e justiça, que guia a aplicação verdadeiramente da lei, criando um ambiente de conformidade e integridade.

Em razão da conclusão alcançada, pode-se afirmar que é de suma importância a implementação e manutenção de programas de *compliance*. O *compliance* se justifica por três razões: a primeira é de que o Brasil é o país do risco, o que exige maior previsibilidade das ações estatais; segundo é lógica internacional de uma governança global; e por fim, é a luta pelo combate à corrupção e pela restauração da ética nas instituições.

Para tanto é necessário inculcar a ideia do *compliance* nas pessoas, talvez o primeiro passo para o sucesso do programa de *compliance* seja a mudança de mentalidade dos envolvidos e comprometimento de todos, desde o alto escalão até o funcionário mais humilde. Além disso, é preciso que as empresas voltem a fomentar um ambiente ético, de modo que passe credibilidade a seus clientes e funcionários.

Buscando alcançar essas medidas, as recentes Leis Anticorrupção e da Estatais intensificaram a exigência da adoção de programas de *compliance*, como forma de diminuir o alastramento da corrupção e contribuir para o fomento de um sistema mais ético.

É bom destacar que há muito tempo as práticas de negócios ilícitos no mundo corporativo têm deixado de ser vista como algo natural do âmbito empresarial, e, por meio das novas legislações, têm sido cada vez menos aceitas. Contudo, as medidas sancionatórias não foram suficientes para controlar a corrupção, passando a exigir do Estado a adoção de políticas públicas de cunho preventivo.

Assim, vive-se um momento de transição, mas as verdadeiras mudanças podem demorar a chegar, pois, infelizmente, alguns governantes ainda não estão em *compliance*, ou seja, persiste um conflito de interesses acima de qualquer regra de honestidade.

Todavia, no âmbito das contratações pública, o *compliance* se torna cada dia mais forte e necessário, garantido que a relação entre o público e o privado volte a ser dominado pela ética e pela probidade. As pessoas envolvidas em contratos públicos, sejam agentes públicos ou membros da iniciativa privada, precisam voltar a acreditar que o crime não compensa e que as punições acontecem.

Portanto, a lógica de integridade deve ser pauta nas empresas e na Administração Pública, de modo que saia do plano das ideias e passe ao plano de ação. O que não se pode aceitar são programas genéricos de fachadas, visando apenas dar ares de conformidade.

O *compliance*, diante de toda a sua importância e preocupação com a realização da ética e íntegra dos negócios da empresa, não pode e nem deve, em razão de uma má concepção, ser responsável pela não realização dos objetivos finalísticos nem pela frustração da atividade principal da organização.

Ante todo o exposto, é exime de dúvidas de que o Brasil precisa voltar a tratar do óbvio, ou seja, de que a honestidade e a ética devem ser nortes para as empresas e para a Administração Pública. Assim agindo, se estará, cada vez mais, buscando alcançar o direito fundamental à boa administração.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de; LAPA, Leonard Renne Guimarães. **Gestão e governança pública para resultados: uma visão prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

AMORIN, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2º ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

ASSIS, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

AVRITZER, Leonardo; [et al.] **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de Improbidade administrativa: aplicada e comentada**. 1º ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2º ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

BITTAR, Alan. **Empresas precisarão de compliance para sobreviver**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-30/alan-bittar-empresas-precisarao-compliance-sobreviver>. Acesso em: 25 jan. 2018

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. Coletânea de artigos: **avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal**. – Brasília: MPF, 2018.

BRASIL, Lei nº 13.460, de 26 de julho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

BRASIL, Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4º Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretari de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec). 2º ed. 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7 Ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. **Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa**. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP | Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan. /abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direitos privados**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 12. Belo Horizonte: Fórum, out-dez.2005.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; NEVES, Cleuber Barbosa das; MOTTA, Fabrício Macedo (Org.). **Direito e administração pública nos 30 anos da constituição**: experiências e desafios no direito administrativo brasileiro. 1º ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 22 jan. 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade /– Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coord.) **48 visões sobre a Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do O. **Lei Anticonrrupção Empresarial**. 2º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FILHO, Valmir Pontes; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **A regeneração da administração pública brasileira**. Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016. Curitiba: Íthala, 2017.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental a boa administração pública** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. **Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson. **Interpretação Constitucional**. A resolução das conflitualidades da norma constitucional. São Paulo: Atlas.

GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; NETO, Eurico Bitencourt (Coord.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público. Lisboa, 2018. E-book.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOHMANN, Ana Carolina C. Governança global e o terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 10, n. 20, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246301>>. Acesso em: 28 abr. 2019

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8ª ed. São Paula: Dialética, 2000.

KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

LUCCA, Newton de. **Da ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quarter Latin, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Wallace Paiva Júnior. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amari; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. Ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. Ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Mendes, Gilmar Ferreira (Org.). XX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: “**sistema de governo, governança e governabilidade**”: (ANAIS 2017). Brasília: IDP, 2018.

MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no Estado democrático de direito**. Tese. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Uberlândia.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRASCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Entre a corrupção e a ineficiência: a implementação do Estado Gerencial à brasileira com um dos mitos do Direito Administrativo**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 192, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246802>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Edmo Colnaghi. **Compliance empresarial: o tom da liderança: estrutura e benefícios do programa**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Ordem dos Advogados do Brasil Minas Gerais. **Compliance: guia para as organizações brasileiras**. Instituto Mineiro de Mercado de Capitais, Junho de 2016.

Ó SOUZA, Renee do. O *compliance* como instrumento de política pública de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248547>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de Souza. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Portugal: Almedina, 2003.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Os desafios da justiça administrativa brasileira. **Revista de Processo** | vol. 218/2013 | p. 133 - 161 | Abr. 2013. DTR\2013\2529

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e o princípio da concorrência**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. /ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Lei anticorrupção e temas de compliance**. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A contribuição do direito internacional para a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção no Brasil. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 1, n. 1, p. 3-20, out./dez. 2016

PINTO, Élide. Et al. **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. **O enriquecimento ilícito no exercício dos cargos públicos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PORTO, Vinicius; MARQUES, Jander (Org.); PIERA, Alejandro [et al.]. **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

RAMINA, Larissa L.O. **Ação Internacional contra a corrupção**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**– A Aventura das Ideias – dos Pré-socráticos a Wittgenstein. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 5/2017. P. 183-220. Jan – Jun. 2017. DRT 1615.

_____. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 29 out. 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **Prisão civil do depositário infiel e o "controle de convencionalidade"**. Disponível <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>. Acesso em: 03 nov. 2015.

SARMENTO, Neto. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Caroline Rodrigues da; OLIVEIRA, Thiago Bueno de Oliveira. **Manual das estatais: questões jurídicas, práticas e essenciais de acordo com a lei 13.303/2016** [livro eletrônico]. Curitiba: Editora JML, 2019.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSOLEN, André Vinícius. Governança do estado e o direito (dever) à boa administração pública: a regra da observância aos preceitos constitucionais. **Revista Argumentum – RA**. Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 665-678, Set.-Dez. 2017.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Lei anticorrupção e temas de compliance**. 2. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: anotações relativas ao texto integral da Carta**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VILLELA, Patrícia. [Coord.]. **Ministério Público e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader [Coord.]. **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ZANIN, Luis Mauricio Junqueira. **Manual de Licitações**. Tribunal de Contas do estado do Paraná. Curitiba: Sebrae-PR, 2017.