



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMPLIANCE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017

Guilherme Oliveira da Silva Gonçalves

Rio de Janeiro
2020

GUILHERME OLIVEIRA DA SILVA GONÇALVES

COMPLIANCE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

COMPLIANCE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017

Guilherme Oliveira da Silva Gonçalves

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – as controvérsias em torno da repartição constitucional de competências, corolário do princípio federativo, são temas que mais instaram o Supremo Tribunal Federal a se manifestar desde a promulgação da Constituição de 1988. Nesse contexto, discute-se, à luz da experiência da jurisdição constitucional brasileira e das atribuições legislativas a entes distintos a juridicidade da Lei Estadual nº 7.753/2017 que impõe a necessidade de instituição de programa de integridade – *compliance* - em empresas que contratarem com o Estado do Rio de Janeiro. Conclui-se tanto por sua compatibilidade com a Constituição Federal quanto por sua relevância supervalorizada.

Palavras-chave – Direito Constitucional e Administrativo. Divisão e repartição constitucional de competências. Programa de Integridade. *Compliance*.

Sumário – Introdução. 1. Conceitos Fundamentais 2. Limites da competência estadual para dispor sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos. 3. Programas de Integridade e contratações públicas: falsa percepção como panaceia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tema relevante no cenário atual, as políticas públicas voltadas à implementação da cultura do *compliance* nas relações envolvendo a Administração Pública e os particulares ainda não têm contornos, conceitos e aplicação claramente traçados.

Recentemente, a Lei Estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, do Rio de Janeiro impôs aos particulares a adoção de Programa de Integridade quando celebrem contratos que ultrapassem determinados valores. O marco legal - assim como outras leis estaduais de conteúdo análogo – sem prejuízo de suas louváveis intenções, é carente de previsões que tornem efetiva a adoção de boas condutas por parte do particular bem como de delineamentos a respeito da necessária fiscalização pelo Poder Público.

Programas de integridade têm por fim fomentar boas práticas empresariais. Quando requeridos pelo Poder Público, em especial, visam a prevenir ilícitos como a prática de corrupção, peculato, fraudes em licitações e desperdício de dinheiro público.

Importante questão prejudicial ainda circunda a emanção de atos normativos desta espécie: sua questionável constitucionalidade. Há controvérsia instaurada na pouca

doutrina que sobre ela se debruça. Tendo por fundamentos julgados do STF proferidos de forma não unânime, há conclusões tanto pela juridicidade quanto pela inviabilidade jurídica da lei.

Em que pese estar em voga, o tratamento por Estados da temática ainda não teve contornos jurídicos bem delimitados, de modo que há relevante dúvida a respeito de haver ou não violação à competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Não há tampouco exploração adequada da matéria, cujas repercussões podem ser eficazes na prevenção e no combate a todos os tipos de malfeitos.

O primeiro capítulo do trabalho procurará apresentar o tema, com a exposição de conceitos relevantes. Em seguida, o segundo capítulo terá por escopo analisar, à luz do sistema constitucional de repartição de competências, do posicionamento do STF na ADI nº 3735/MS, considerando a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos e considerando a proteção constitucional ao livre exercício da atividade econômica, se é possível afirmar que a Lei Estadual nº 7.753/17 é formal e materialmente constitucional.

Pretende-se, no terceiro capítulo, refletir sobre a vantajosidade e sobre a efetividade da postura estatal de dar tratamento distinto a sociedades empresárias que tenham Programa de Integridade estruturado. Com relação a esta etapa parecem pender as maiores controvérsias.

Por derradeiro, será feita breve conclusão acerca do que foi exposto ao longo do presente trabalho.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga contribuições para a comunidade científica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Para melhor compreensão do tema, é importante ter em mente alguns conceitos básicos, entre os quais seguramente o mais importante é o de *compliance*. O termo pode ser definido como o “dever de cumprir, de estar em conformidade e de fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”.¹

Em tradução livre, *compliance* quer dizer conformidade. Espera-se de uma sociedade empresária que institua programa minimamente efetivo de *compliance* que desempenhe suas atividades empresariais e administrativas de acordo não apenas com a lei e com o regulamento, mas também com a ética empresarial e com a integridade, que deveria permear as relações sociais.

Para que se atinja esse “agir em conformidade”, a política interna de *compliance* institui alguns mecanismos que servem como verdadeiros norteadores e avaliadores de agentes privados. Neste sentido, tem sido cada vez mais comum que empresas instituem códigos de ética, em que é prescrita não apenas a forma como deve o agente privado se portar, mas também as sanções para eventuais descumprimentos.

Meios de controle interno, gestão de riscos e *due diligence* são exemplos de outros instrumentos que viabilizam o atingimento do ideal de boa governança corporativa que as empresas buscam atingir. A gestão de riscos, em especial, avalia o que está em jogo quando da opção por um determinado caminho. Pelas *dues diligences*, a empresa controla individualmente os procedimentos que leva a efeito e avalia se estão legalmente aptos a serem praticados (quando preventiva) ou se devem ser revistos (quando repressiva). Pelo controle interno, são feitas auditorias contábeis aptas a identificar o que é feito com o dinheiro à disposição da companhia.

Está também entre os instrumentos do *compliance* a figura da proteção *whistleblower* - denunciante, que pode ser entendida como incentivos a que, por meio de canais internos de denúncia, empregados de todos os escalões comuniquem ao *compliance office* (órgão responsável pelo programa de integridade) a prática de quaisquer malfeitos. As denúncias, para serem viabilizadas, dependem da constituição de mecanismos de auto-

¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p.2.

preservação. Podem ainda ser estimuladas por meio do oferecimento de prêmios que igualmente não permitam divulgação que desproteja a figura do denunciante.

Todas essas ferramentas compõem o que tem sido chamado de Programa de Integridade. Trata-se verdadeiramente de um produto vendido por empresas especializadas em políticas de *compliance*. Considerando a complexidade de seus meios de instituição e a *expertise* que exige dos agentes econômicos responsáveis por sua implementação, não é irrisório o valor por ele cobrado.

A notabilidade de alguns Programas de Integridade e a preocupação de certas companhias internacionais, impulsionadas por condenações por práticas de malfeitos dos mais diversos tipos, a que foram cominadas pesadas sanções por outros países, fez com que o mundo corporativo passasse a adotá-los com frequência. Sociedades multinacionais se importam não apenas com sua imagem aos olhos de seus consumidores e do mercado com que negociam, mas também com a economia e com o retorno financeiro que são esperados daqueles que adotam referido programa.

Nesta toada, a adoção de mecanismos de *compliance* tem sido atrelada, para além de boa-prática empresarial, ao combate à corrupção, cujo conceito básico se resume ao “abuso de um poder fiado para ganhos privados”². Em que pese o direito brasileiro apenas sancionar a corrupção pública – ao menos sob a perspectiva da lei penal – atos de corrupção, públicos e privados, devem sempre ser combatidos.

Como o fenômeno da corrupção e de como enfrentá-lo tem integrado a pauta política deste país desde a chegada dos navegadores, verificou-se um verdadeiro furor quando foram introduzidas no Brasil as primeiras considerações sobre os programas de *compliance*. De certo modo, passaram, muitas vezes erroneamente, a ser enxergados como a panaceia para todos os males perpetrados pelos corruptos contra a coisa pública desde 1500.

Assim, impulsionados pelo contexto das operações que atingiram criminosos do colarinho branco, o legislador - federal, estadual e distrital - achou por bem incentivar a adoção de políticas de promoção da integridade. O boom do *compliance* veio com a regulamentação da Lei Federal nº 12.846/13 pelo Decreto Federal nº 8.420/13, que, em

² ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p.9. In: SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Belo Horizonte : Fórum, 2019, p.23.

seu Capítulo IV (arts. 41 e 42) pela primeira vez no direito brasileiro, positivou regulamentação acerca dos Programas de Integridade.

Animados pela previsão normativa editada pela União, Estados, Distrito Federal e até municípios editaram atos normativos que impunham aos particulares que visassem a celebrar contratos administrativos “vultosos” com as Administrações Públicas daqueles entes que instituíssem programas de integridade em suas relações internas. É o caso da Lei Estadual nº 7.753/2017, do Estado do Rio de Janeiro e da Lei Distrital nº 6.112/2018, do Distrito Federal.

Consta expressamente da exposição de motivos do projeto de lei que originou a Lei Estadual nº 7.753/2017, de iniciativa do então deputado estadual Osório, menção à Operação Laja Jato. Como bem se sabe, boas decisões, sobretudo em matéria de legislação (v.g. Lei nº 8.666/1993), não costumam ser tomadas em contexto de grande adversidade, de modo que não basta apenas a regulamentação – açodada e impensada – para combater um fenômeno social endêmico, complexo e enraizado nas entranhas das relações corporativas e públicas.

Sem prejuízo dos elevados propósitos com que foram editadas tais normas, há considerações que podem ter sido deixadas de lado quando da formulação dos projetos que lhes deram vida. O sistema constitucional de repartição de competências seguramente é ponto nodal da discussão que desencadearam as publicações das leis estaduais.

Além disso, assumindo-se como inderrogável a premissa de que direitos e obrigações custam, mesmo aqueles tendentes a garantir pleno cumprimento da lei e do regulamento, a imposição a particulares de que contratem programas de integridade os onera significativamente. Neste sentido, há ponderações de valores constitucionais a serem enfrentadas para a avaliação sobre ser ou não juridicamente viável tal imposição ao particular.

Estão em jogo aqui os princípios constitucionais referentes à moralidade administrativa, do qual decorre o da probidade e um fundamento da república e princípio norteador da ordem social e econômica, a saber, a livre iniciativa. Deve-se buscar uma conformação ideal entre ambos, de modo que nem o particular tenha sua atividade econômica inviabilizada nem o Estado tenha suas relações com o mercado comprometidas quando da celebração de contratos administrativos.

É também muito relevante uma questão prejudicial, que será tratada no capítulo seguinte. A Constituição Federal disciplina, como postulados de boa convivência dos entes federados, a repartição de competências administrativas e legislativas. A previsão

por leis estaduais e distritais como as acima enumeradas pode, se desrespeitados determinados limites invadir a competência da União Federal, afrontando, por conseguinte o próprio pacto federativo.

2. LIMITES DA COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA DISPOR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quiseram os constituintes, quando da elaboração do texto constitucional, optar pela forma federativa de Estado. A escolha é evidente a partir do nome oficial de nosso país: República Federativa do Brasil. Tão firme é o compromisso do constituinte que revestiu a sua opção da imutabilidade reservada às cláusulas pétreas - limites materiais de reforma à Constituição (art. 60, § 4º, I).

Federação é forma de Estado, isto é, a forma como o Estado organiza o povo e o território e estrutura seu poder relativamente a outros poderes de igual natureza. É produto do movimento federalista, de James Madison e Alexander Hamilton, desenvolvido como alternativa ao modelo confederativo e como solução dialógica às principais reivindicações das 13 colônias americanas, que consolidou o ideal de *pluribus unum*, isto é, de muitos um³.

O principal intuito do modelo federalista foi equilibrar expectativas, tanto de autonomia de entes, quanto de soberania de Estado, de modo a compatibilizar a ideia de um Estado forte, no plano internacional, com os desideratos relacionados às peculiaridades de território e de populações regionais e locais⁴. A repercussão fundamental do movimento, no plano constitucional se dá na estruturação bem delineada de atribuições e competências - administrativas e legislativas.

O assunto, no caso brasileiro, é tratado no Título Terceiro da Constituição, que assenta, ao menos em tese, os limites de poder de cada um dos entes que compõem a "união indissolúvel de União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", assim prescrita no art. 1º. É importante ressaltar a expressão "em tese" em razão da vastíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tratando de temas afetos à competência constitucional.

³ KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2013. p. 92.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 754.

Em que pese o intuito do legislador constitucional de estabelecer os limites da autonomia dos entes, com o passar do tempo, tem se verificado se tratar talvez de tema tão controvertido quanto a colisão de direitos fundamentais. O Supremo desempenha seu papel ao dizer a quem cabe o quê, sob o ponto de vista da regulamentação legislativa.

Importa ao presente a análise de compatibilidade jurídica entre as exigências contidas na Lei Estadual nº 7.753/2017, que dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro com a previsão contida no art. 22, XXVII da Constituição Federal, que trata da competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para todas as Administrações da República.

Não parece haver grandes controvérsias a respeito da viabilidade jurídica de que parlamentar inicie o processo legislativo referente a licitações e contratos. Como a lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo nem muito menos confere nova atribuição a órgão da Administração Pública, não há que se falar em vício de iniciativa consoante assentado no bojo da ADI nº 2.444⁵.

A privatividade (ou exclusividade) aludida pelo texto constitucional não afastou de forma peremptória a atribuição aos demais entes para tratarem de normas específicas sobre licitações, desde que compatíveis com interesses regionais e locais, respeitadas as disposições de caráter geral estabelecidas pela União. A dinâmica resguarda a também constitucional previsão das competências de estados (arts. 24 e 25, § 1º, da Constituição Federal) e municípios (art. 30, II, da Constituição Federal).

Sem embargo da autorização genérica para delegação da competência privativa por meio de lei complementar, contida no parágrafo único do art. 22, não há esse tipo de previsão para o caso em tela. em verdade, nem haveria como. Diferentemente das demais competências legislativas, a previsão da forma que foi levada a efeito pelo constituinte, não retirou aos demais entes a faculdade de editar normas específicas, à luz de interesses regionais e locais. Essa constatação revelaria uma atecnia do constituinte, que deveria ter posicionado o dispositivo, em verdade, entre as competências concorrentes do art. 24.

A posição não se justifica após o ingresso da Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8666/93 no ordenamento jurídico em razão do temor de que cada ente regulasse de forma pulverizada e desordenada a forma como licitataria e contratataria. Com a entrada

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.444/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7631030>> Acesso em: 19 mai.2020.

em vigor, não há mais razões que sustentem a competência privativa da União para regular licitações e contratos. A privatividade da competência constitucional subsiste apenas sob a ótica formal e topográfica, devendo ser entendida como materialmente comum (art. 23), prestigiando-se, por conseguinte uma relativa liberdade dos demais entes.

O STF teceu comentários pertinentes ao presente trabalho ao julgar a ADI nº 3.735⁶, do Mato Grosso do Sul. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade formal de lei estadual que, sob a justificativa de proteger os consumidores do estado e pretendendo usar da competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor, impôs aos particulares que pretendessem pactuar com a Administração estadual que apresentassem, ainda na fase de habilitação licitatória aquilo que denominaram Certidão Negativa de Violação a Direito do Consumidor – novo requisito de habilitação não previsto na Lei Federal nº 8.666/1993.

É indiciário da controvérsia acerca do tema o fato de o julgamento não ter alcançado a unanimidade da corte. Os dois juízes mais antigos, a saber, o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello, foram vencidos na sessão, que não contou ainda com a presença de outros dois julgadores.

O saudoso Ministro Teori Zavascki, a quem incumbiu a relatoria e a redação do acórdão e cujo entendimento prevaleceu ao final do julgado entendeu que houve violação à ora discutida competência privativa da União. Em seu voto, constata a complexidade da celeuma por razões abaixo sintetizadas.

Em primeiro lugar, aponta a dificuldade de identificar a efetiva violação ao indeterminado conceito de "norma geral". Em segundo lugar, bem observa que é possível haver incongruências sistêmicas entre normas que podem não ser incompatíveis entre si sob o ponto de vista lógico, como é o caso da norma sul-mato-grossense, que não se choca diretamente com a Lei Geral de Licitações e Contratos – LGLC.

Sobre o primeiro ponto – a indeterminação do conceito – o ministro cita entendimento do prestigiado Administrativista Marçal Justen Filho, para quem o núcleo de certeza positiva acerca da competência da União para estabelecer normas gerais, englobaria, entre outras, aquela para fixar os requisitos para que o particular participe do

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

processo licitatório⁷. Tem em mente o jurista a preservação da publicidade e do caráter competitivo das contratações públicas; e em último caso a concretização da vantajosidade ao ente público.

O ministro Zavascki aponta dois vetores para aferir a compatibilidade de normas não nacionais, isto é, que não sejam editadas pela União no exercício de sua competência para editar lei geral de âmbito nacional, assim sintetizados:

Para se validar, portanto, a suplementação oferecida pelas leis locais em adendo às normas gerais do ordenamento deve passar, pelo menos, por um teste constituído de duas etapas: (a) a identificação, em face do modelo nacional concretamente estabelecido, das normas gerais do sistema; e a (b) verificação da compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais estabelecidas e as inovações fomentadas pelo direito local.

Até este estágio do voto, não há divergência entre os julgadores. Apenas quanto à conclusão do ministro Teori, que entende que a exigência da certidão, por restringir o caráter competitivo além do que já é feito pela União seria eivada de inconstitucionalidade. O raciocínio foi acompanhado pelos Ministros Fux, Barroso, Weber, Dias Toffoli, Fachin e Lewandowski.

A exigência da Lei Estadual nº 7.753/2017 de que empresas que visarem à constituição de vínculos contratuais e consorciais com o Poder Público acima de 1,5 milhão de reais para obras e serviços e de 650 mil reais para compras e serviços elaborem Programa de Integridade, por não impedir a participação de sociedades, não viola, em uma perspectiva abstrata as disposições gerais editadas pela Lei Federal nº 8.666/1993, à luz dos argumentos acima discutidos.

A referida lei estadual faculta às sociedades a opção por constituir o programa de forma ulterior à adjudicação do objeto, que seria o marco a partir do qual a sociedade teria os 180 dias para a elaboração de sistemas mínimos de *compliance* em sua estrutura interna. Sob o ponto de vista das ideias fundamentais da normativa a respeito de contratações públicas, por não promover afronta direta ao caráter competitivo da licitação e ainda por não restringir desproporcionalmente a participação de sociedades não deve ser reconhecida como violadora da Constituição Federal.

A norma é editada no exercício da competência estadual e tem por fim promover valores ligados à integridade e à moralidade no âmbito das relações contratuais públicas, que devem atender aos princípios constitucionais contidos do art. 37. Nesse intuito, é

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16.

digna de alvíssaras a tentativa de *step forward*, isto é, de ir adiante e tentar superar o passado de profunda incúria com a coisa pública no âmbito estadual.

Parece ainda relevante afirmar que o que se está a sustentar – a constitucionalidade da Lei Estadual nº 7.753/2017 – é sobre maneira confirmada a partir dos recentes acontecimentos envolvendo a produção normativa e as providências administrativas tomadas por conta da Pandemia de Covid-19. Na medida cautelar na ADI nº 6.341⁸, na ADPF nº 672⁹, na Medida Cautelar na Reclamação 39.871¹⁰ e na ADPF nº 665¹¹, todos arestos prolatados em face de tentativas de centralização da União, foi prestigiada a autonomia dos Estados e dos Municípios, como bem observado por Ana Paula de Barcellos¹².

Além disso, em que pese as poucas publicações acerca do tema, é relevante apontar entendimentos favoráveis manifestados por Cíntia Araripe e Rachel Machado¹³, bem como por Rodrigo Pironi¹⁴ e Fernanda Schramm¹⁵.

O que se pretenderá demonstrar no próximo capítulo, não obstante, é que, sem prejuízo dos elevados propósitos que ensejaram a edição da lei, programas de integridade, por si sós, não parecem ser o meio mais efetivo de combater o malfazejo manejo de dinheiro público, seja sob o ponto de vista financeiro – aqui com repercussões inclusive na vantajosidade das contratações públicas -, seja sob o ponto de vista da exequibilidade.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 672/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 39.871/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342852826&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 665/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342915252&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Prognósticos para o direito constitucional pós Covis-19: Estados, DF e municípios mais relevantes na produção legislativa?* Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹³ ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas*. Disponível em file:///Users/admin/Downloads/5332-24131-2-PB.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020

¹⁴ PIRONTI, Rodrigo. *A exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoespublicas#:~:text=Ora%2C%20com%20todo%20acato%2C%20a,geral%2C%20privilegia%20os%20princ%20C3%ADpios%20da>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁵ SCHRAMM. op. cit. p.325-326.

3. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FALSA PERCEPÇÃO COMO PANACEIA.

É imanente à condição humana a empolgação diante do novo. Pode-se notar uma pretensão auto-afirmativa e até mesmo expansiva na novidade. Não foi diferente com o fenômeno do *compliance* no Brasil.

Não há coincidência na introdução de figuras como programas de integridade no ordenamento jurídico nacional com as revelações de grandes esquemas de corrupção. O *compliance* e todos os seus consectários foram tentativas de respostas à sociedade, de prestação de contas, de demonstração da não inércia ou da reatividade diante das mazelas que sempre afligiram as relações entre agentes públicos e privados.

A afirmação é respaldada inclusive com a justificativa ao projeto de lei que originou a Lei nº 7.753/2017, que menciona expressamente o caso Mensalão e a operação Lava-Jato. Há registros de iniciativas semelhantes em outros entes da Federação, tais como os Estados do Rio Grande do Sul, do Amazonas, de Goiás e mesmo o Distrito Federal, todos com algumas variações.

Sem prejuízo dos elevados propósitos que moveram os legisladores, há de se ter cautela com a percepção do *compliance* como lenitivo universal, como a panaceia para mazelas que acometem as relações público-privadas brasileiras há séculos. A sempre lembrada herança patrimonialista continua produzindo implicações nefastas à coisa pública nesta República. Os resultados da implementação de programas de integridade no âmbito das contratações públicas ainda são incertos e o que se verifica, no âmbito da Administração Pública ainda é a falta de *expertise* para lidar com a matéria.

Com efeito, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro editou a cláusula padrão aos contratos administrativos que preencham os requisitos prescritos pela Lei nº 7.753/2017. No entanto, até a publicação deste artigo não foi editado decreto que regulamente a lei, indicando com clareza a quem cabe a função primordial de aferir a efetividade dos programas de integridade adotados pelas contratadas pela Administração Estadual.

Por um lado, como bem apontado por Victor Aguiar Carvalho¹⁶, há três razões fundamentais para que regras tais como a da lei em comento produzam incentivos disfuncionais e consequências indesejadas. O ilustre procurador do Estado bem aponta que a lei em comento despreza o fardo informacional que impõe à Administração Pública¹⁷.

À luz do princípio da realidade - que nada mais é do que coerência entre a realidade e o direito¹⁸ - não parece razoável esperar da Administração Fluminense que receba de imediato a obrigação legal de aferir a efetividade e eficácia dos programas de integridade apresentados pelos particulares, produzindo resultados fantásticos. A tarefa envolve a capacitação de pessoas e do desenvolvimento de ao menos um órgão especializado, com capacidade institucional para elaborar juízo de valor a respeito de um tema tão novo para o Direito Administrativo brasileiro.

Em segundo lugar, assevera o articulista que há o “risco de que, em curto prazo, o legislador coloque em desvantagem competitiva no mercado justamente as empresas que verdadeiramente se comprometam com melhores padrões de integridade”¹⁹. Isso porque empresas que são bem estruturadas e são reconhecidas por envidar esforços para garantir a higidez de suas relações internas e externas podem deixar de ser contratadas pelo só fato de não terem programas de integridade.

Pior, é possível conjecturar cenário em que sociedades mal-intencionadas sejam preferidas pelo só fato de terem tomado providências para contratar programas de *compliance* verdadeiramente de fachada. Trata-se não apenas de solução injusta, mas de consequências perniciosas para a Administração Pública e em último caso (não tão último) para o cidadão, usuário de serviços públicos, destinatário de serviços sociais.

Em terceiro lugar, em crítica assentada na Análise Econômica do Direito, Carvalho²⁰ aponta que “quando determinados agentes públicos monopolizam poder para tomar uma decisão que conceda um benefício ou que imponha um ônus ou uma sanção ao particular, surge um maior risco à ocorrência de episódios de corrupção”. A

¹⁶ CARVALHO, Victor Aguiar de. *Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos*. Disponível em https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020_. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

concentração de poderes é contraindicada por facilitar o desvirtuamento dos motivos que deveriam orientar o agente público na tomada de decisões.

Por outro lado, parece haver outros aspectos dignos de nota, concernente ao ideal de vantajosidade e à função regulatória das contratações públicas. Sob tais prismas, é possível concluir que as medidas pretendidas pela Lei Estadual nº 7.753/2017 sejam positivas para a Administração.

Com relação à vantajosidade, Marçal Justen Filho a define como:

A adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.²¹

A expressão traduz verdadeira análise de custo-benefício de imposições às contratações públicas tanto sob o ponto de vista prático quanto econômico à luz das consequências positivas na prestação do serviço. Sob o ponto de vista estritamente objetivo, o que se verifica com a Lei nº 7.753/2017, do ponto de vista imediato é a chance de encarecimento das contratações públicas. Os custos de manutenção de programas de integridade serão embutidos nas propostas elaboradas pelos agentes econômicos privados.

Em um primeiro momento, pode-se verificar uma alta nos custos do particular que contrata com a Administração. A longo prazo, parece que os custos tendem a se estabilizar em razão da já implementação dos programas requeridos pelo Poder Público por uma quantidade significativa de sociedades, que só passarão a contabilizar os valores que precisam a título de manutenção das estruturas de *compliance*.

Além disso, em razão da legítima função regulatória das licitações²², o Estado pode utilizar as licitações para atender a outras finalidades que não apenas a viabilização de contratações públicas. Nesse sentido, deve ser incentivada a promoção de valores de lealdade e integridade negocial, com reflexos na moralidade, impessoalidade e legalidade administrativa, todos axiomas contidos na Constituição Federal.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71.

²² GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações Públicas sustentáveis. ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

De forma conclusiva, é possível anotar que programas de integridade são armas no combate à corrupção. No entanto, não podem ser vistos como panaceia. Não bastam por si sós. Não são remédio para incompetência, para desídia nem para incapacidade técnica, marcas onipresentes em empreitadas fracassadas em nossa história recente.

Devem ser coordenados com a capacitação de agentes e outros estímulos aos particulares que se mantenham corretos. *Nudges*, economia comportamental, arquitetura da escolha, sanções premiais e exposição negativa de empresas envolvidas em malfeitos de toda espécie são outras ferramentas valiosas de que o Estado pode e deve lançar mão quando firmar contratos com o particular. São inclusive providências mais baratas do que a outorga da obrigação de formalizar programas de integridade, com todas as repercussões não apenas para o Estado, mas também para a própria empresa. Trata-se de pensar à luz do que Thaler e Sustain chamam Paternalismo Libertário²³.

Entende-se que os grandes gestores públicos, mandatários ou não, devem optar pela capacitação de pessoas que os cercam. Pensar que Secretarias e agendas devem ser pensadas não apenas a curto prazo, sob interesses meramente governamentais. Governos vão e vêm. E se os recursos são realmente escassos, que sejam pensados e aplicados à luz dessa característica: com racionalidade, inteligência e planejamento²⁴.

Antes de se pensar na contratação – inexoravelmente fadada à contratação direta por inexigibilidade – de empresas tendentes a estruturar *compliance offices* no âmbito da Administração Pública brasileira, Chefes de Poder devem se esforçar para que bons projetos não se percam por conta de alternância de poder. Para que bons gestores permaneçam, independentemente de estarem atrelados ou não a governos anteriores. Para que trabalhos já iniciados sejam bem concluídos.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, discutiu-se a viabilidade jurídica de que o Estado do Rio de Janeiro, no exercício de sua competência legislativa, exigisse de sociedades com as quais constitua relações contratuais que instituíssem programas de integridade, também conhecidos como mecanismos de *compliance*, em suas estruturas internas.

²³ SUSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Londres: Penguin, 2009, p. 5-6.

²⁴ MULLAINATHAN, Sendhil. 1972. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*; tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016, p. 281.

Foram inicialmente delimitados alguns conceitos relevantes à compreensão do tema. Buscou-se apresentar as ferramentas de que lançam mão as empresas no intuito de coibirem ilícitos e de velarem pela higidez de suas relações internas e externas. Abordou-se acerca da importância dos mecanismos não apenas para a dinâmica das relações econômicas, mas também para a forma como são vistas as empresas.

Em seguida, à luz da jurisprudência constitucional brasileira e da repartição ou divisão de competências desenhada pela Constituição Federal de 1988 foi analisada a juridicidade da Lei Estadual nº 7.753/2017, que exigiu de sociedades às quais fossem adjudicados contratos acima dos valores prescritos por seu art. 1º. Entendeu-se pela atecnica do posicionamento da competência para a edição de normas gerais sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal), que deveria figurar, em verdade no rol de competências comuns do art. 23.

Ainda no capítulo em questão, analisando os fundamentos do voto vencedor da ADI 3.735, do Mato Grosso do Sul e de recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, todos prestigiando a autonomia dos entes menores em detrimento da União (ADI nº 6.341, ADPF nº 672, Reclamação nº 39871 e ADPF nº 665), concluiu-se pela compatibilidade da lei fluminense com a Constituição Federal.

Por fim, no último capítulo foram discutidas as externalidades positivas e negativas da lei, bem como a falsa percepção de que programas de integridade constituiriam o lenitivo mais eficaz contra problemas históricos e culturais da sociedade brasileira. Ainda assim, como resultado da ponderação, entendeu-se que os efeitos são predominantemente benéficos desde que o Estado se revista da *expertise* necessária para analisar a efetividade dos planos apresentados.

REFERÊNCIAS

ARAARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas*. Disponível em <file:///Users/admin/Downloads/5332-24131-2-PB.pdf >. Acesso em: 2 jun. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Prognósticos para o direito constitucional pós Covis-19: Estados, DF e municípios mais relevantes na produção legislativa?* Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 672/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 39.871/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342852826&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 665/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342915252&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos*. Disponível em <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020>> Acesso em: 5 mai. 2020.

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

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Licitações Públicas sustentáveis*. ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

MULLAINATHAN, Sendhil. *1972 – Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*; tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

PIRONTI, Rodrigo. *A exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas#:~:text=Ora%2C%20com%20todo%20acato%2C%20a,geral%2C%20privilegi a%20os%20princ%C3%ADpios%20da>> Acesso em: 2 jun. 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. in SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas*/ Fernanda Santos Schramm. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Londres: Penguin Books, 2009.