

Integridade e política de compras públicas no PLS n. 303/2016 – moderno controle administrativo fundado na ética e no risco

Antônio Fonseca

Membro sênior do Ministério Público Federal. Advogado e consultor em Sistema de Ética e Compliance. Presidente do Conselho de Ética do Instituto Ética Saúde. PhD em Direito (Universidade de Londres). Mestre em Direito (Universidade de Brasília).

Resumo: A dimensão da corrupção no Brasil é notória fora do País. Existe um movimento global anticorrupção que se opõe firmemente aos costumes desonestos. As iniciativas nacionais no sentido de combater essas práticas refletem, também, os compromissos internacionais assumidos pelo governo brasileiro. Ao descontinuar a corrupção, é possível a promoção de mudanças que agreguem valor aos serviços essenciais, notadamente, saúde, educação e segurança. Essa é uma missão da sociedade como um todo, incluindo todas as esferas de governo bem como todo o Poder organizado. A filosofia do PLS n. 303/2016 corrobora esses ideais ao estabelecer normas para o desenvolvimento de um Sistema de Integridade para a Administração Pública brasileira. A proposição legislativa apresenta as seguintes características: foco no risco, como critério geral que orienta as ações de integridade; genuína escolha política de desconstituir, gradualmente, a prática generalizada da corrupção; empoderamento da cidadania e das instituições; ênfase na responsabilidade dos gestores; e integridade como opção e como dever de todos os segmentos do Estado brasileiro e da sociedade. Pugnar por uma sociedade mais íntegra, que vise à promoção do acesso de todos à riqueza da Nação, é um anseio dos cidadãos que se inscreve nos objetivos da República. Fora da integridade, esse projeto republicano jamais se realizará.

Palavras-chave: Sistema de integridade. Administração Pública. Cidadania. Combate à corrupção.

Abstract: The extent of corruption in Brazil is known outside the country. There is a global anticorruption movement that is firmly opposed to corrupt practices anywhere in the world. National initiatives to combat these practices also reflect the international commitments assumed by the Brazilian government. Discontinuing corruption means giving way to the promotion of change, opening up space to add value to essential services such as health, education and security. This mission is accountable to society, to all spheres of government and to all organized power. This is part of the philosophy of Senate Bill (PLS) 303/2016, when establishing general norms to develop an Integrity System to the Brazilian Public Administration. The following characteristics are emphasised in the legislative proposal: focus on risk as a general guiding criterion to integrity actions; definition of a deconstructing policy to end up gradually with the widespread corruption practice; institutions' and citizenship's empowerment; focus on managers' responsibility; and integrity as administrative organization assumption, as well as duty of Brazilian State and society. To strive for a state of integrity in a society that aims to promote access for all to the Nation's wealth should be the citizens' yearning which is part of the Republic's purpose. Out of integrity, this Republican project will never come true.

Keywords: Integrity System. Public Administration. Citizenship. Combat to corruption.

Sumário: 1 Introdução: fundamentos do PLS n. 303, de 2016. 2 Princípios e conceitos gerais. 3 Estratégias: objetivos e planos de ação. 3.1 Deveres do Poder Público e da coletividade – art. 4º. 3.2 Órgãos de colaboração – art. 6º, parágrafo único c.c. art. 36. 3.3 Papel das ouvidorias – art. 7º. 3.4 Teste de integridade – art. 10, VI. 3.5 Carta anual – art. 10, VII. 3.6 Representação de interesses ou atividade de *lobby* – art. 11. 3.7 Práticas e diretrizes de compras e contratações – art. 19, § 1º, VII. 4 Integridade nas licitações e contratos públicos. 4.1 Estratégia de integridade – art. 21. 4.2 Adicional a programa de integridade como critério de desempate em licitações – art. 21. 4.3 Sistema integrado de conformidade – art. 26. 4.4 Disposições aplicáveis a setores específicos – arts. 29 a 34. 5 Destaque final.

1 Introdução: fundamentos do PLS n. 303, de 2016

O sucesso da prevenção está baseado em ações, que são desperçadas por pensamentos, por mudança de perspectiva e por um novo senso de propósito (ético, não corruptivo). É disso que todos os cidadãos e todos os entes legitimados precisam para promover, a cada dia, a desconstrução da cultura da corrupção.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 303, de 2016 (BRASIL, 2016b), de autoria do senador Reguffe¹, pretende ser uma lei guarda-chuva. É um estatuto básico para fomentar a difusão das práticas de integridade na Administração Pública.

Um sistema de integridade² é necessário para, pouco a pouco, fomentar ações que levem à desconstrução da cultura de corrupção na sociedade. Para isso, todas as instituições e toda a sociedade são

1 Este artigo é um comentário ao Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 303 de 2016. Apresentado em 3.8.2016, o PLS n. 303/2016 dispõe sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, estabelecido para a proteção preventiva e integral dos bens, interesses e direitos inerentes ao patrimônio público nacional, e dá outras providências. O texto contém 41 artigos distribuídos em 6 capítulos: Cap. I – Das Disposições Preliminares, Cap. II – Das Normas Gerais de Estratégia de Integridade, Cap. III – Da Integridade nas Licitações e Contratos da Administração Pública, Cap. IV – Das Disposições Aplicáveis a Setores Específicos, Cap. V – Da Participação do Cidadão e dos Órgãos de Controle, e Cap. VI – Das Disposições Finais e Transitórias. O documento completo poderá ser acessado no portal do Senado Federal (BRASIL, 2016b). Acessando esse *link* os cidadãos podem dar o seu apoio. É um Projeto sem ideologia política.

2 Em 1997, Petter Langseth, Rick Stapenhurst e Jeremy Pope publicaram o artigo “The Role of a National Integrity System in Fighting Corruption”. Esse estudo acadêmico é uma das inspirações do PLS n. 303/2016. Segundo esse estudo, a percepção crescente da corrupção tem aumentado a pressão pela responsabilização dos infratores e a demanda por mais transparência da atuação dos agentes públicos. Para os autores, não existe uma solução fácil nem um modelo ideal para combater a corrupção; cada país ou região é único na sua história e cultura, e no seu sistema político. No entanto, entre eles existem similaridades, permitindo que lições e experiências sejam transferíveis. Um sistema nacional de integridade, enfim, destaca o estudo, compreende 8 pilares: conscientização pública, estratégias anticorrupção, participação social, agências “watchdog”, Poder Judiciário, a mídia, o setor privado e cooperação internacional (LANGSETH; STAPENHURST; POPE, 1997).

instadas a atuar. Toma-se como pressuposto que a defesa da integridade, mediante o combate da corrupção, é um dever de todos. Por isso, a intenção geral é de uma lei que desperte ações preventivas e indiretamente possa apoiar a detecção e repressão dos atos de corrupção.

Nesse sentido, o PLS n. 303/2016 tem foco no risco como critério geral para as ações de integridade, oficializa uma genuína escolha política de prevenção e combate à corrupção, empodera as instituições e a cidadania, enfatiza a responsabilização dos gestores, e coloca a integridade como dever de todos os segmentos do Estado e da sociedade.

Perpassa todo o texto da minuta a atenção aos riscos como elemento de destaque no cotidiano das sociedades modernas³. O comportamento humano deve refletir essa atenção. Na base da ética pública está o dever dos agentes de prestar contas dos seus atos. Decorrem das ações humanas os resultados que agregam valor às entregas públicas e privadas. A transparência da burocracia pública e a participação dos cidadãos são aspectos que também qualificam o sistema de integridade, que interage com a política privada de ética e conformidade. Pode-se afirmar que, atualmente, esses riscos também dizem respeito à ética e à integridade. Negligenciar tais riscos pode gerar perdas incalculáveis. Daí a previsão de um mundo global unido não somente para mudar regras em torno dos riscos mas também vivenciar essas regras na certeza de que, particularmente no Brasil, fora da integridade torna-se inviável o projeto de República⁴.

3 Ulrich Beck publicou a versão em inglês de “Risk Society: Towards a New Modernity”, pela primeira vez, em 1992. Sua teoria defende que a sociedade industrial chegou a uma fase dominada por riscos crescentes que podem escapar do controle. Esses riscos são agregados ao processo de criação e distribuição de riqueza. São riscos ligados ao clima, ao manejo de produtos químicos e, nas últimas décadas, ao sistema financeiro (BECK, 1992).

4 Nos exatos termos do art. 3º da Constituição, um dos vários objetivos fundamentais da República é “promover o bem de todos”. As demandas da sociedade são crescentes, e os seus recursos são finitos. Isso define a ideia de escassez. Infere-se daí que a promoção do bem de todos pressupõe uma cultura de integridade (BRASIL, 1988).

Na base da integridade floresce um Direito Administrativo moderno, ancorado num controle do resultado. Não basta o conjunto de princípios que a Constituição consagra em favor da moralidade e suas várias expressões, a fim de orientar a vontade do administrador. É cogente uma “ética de resultado” (MOREIRA NETO, 2006) como princípio da gestão pública⁵.

Reza o PLS n. 303/2016, no seu art. 1º, que “busca estabelecer normas gerais para o fortalecimento das estratégias de integridade da Administração Pública”. A expressão “estratégias de integridade” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011) é utilizada em documento da Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)⁶ e adotada no PLS n. 303/2016 para os órgãos e entes da Administração Pública como equivalente do programa de integridade (BRASIL, 2013) previsto para as organizações privadas.

Recentemente, o juiz Sérgio Moro (OMISSÃO..., 2016) lamentou o fato de o Poder Executivo e o Congresso até agora não terem feito “uma contribuição significativa para os esforços do Brasil na luta contra a corrupção. Por exemplo, eles poderiam ter proposto e aprovado leis melhores para prevenir a corrupção”. Avalia-se que o PLS n. 303/2016 tenha o propósito de contribuir para preencher essa lacuna, ao lado de outros projetos importantes em tramitação. Os tópicos seguintes são uma abordagem sumária do Projeto.

5 Em sua reflexão sobre a ética e a administração de resultados, escreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006): “A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão somente um pré-conceito pessoal, como, também, um fato concreto – o resultado de uma ação. Na política, coube a Max Weber equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar-se-lhe a conduta – ter-se-ia uma ética da intenção –, ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele esperados – e ter-se-ia uma ética do resultado”.

6 O documento traz quatro recomendações e quatro propostas de ação. É outra inspiração do PLS n. 303/2016.

2 Princípios e conceitos gerais

Uma lei de aplicação geral com a pretensão de contribuir para a desconstrução de propósitos corruptivos deve se municiar de um corpo de conceitos e princípios; ao todo, são dez os contemplados no art. 2º.

No conceito de “Carta Anual de Governança Corporativa” está a ferramenta que pode registrar o “*tone at the top*” (o exemplo que vem de cima) do Poder Público. A noção de “proteção integral”, outro conceito, consagra a defesa da prevenção como responsabilidade autônoma (PLS n. 303/2016). A noção de “construção participativa” é um convite a todos os segmentos da sociedade para o desafio de mudar o ambiente de entrega de resultados à sociedade. Conforme o princípio da proporcionalidade, a estratégia de integridade deve adequar-se à dimensão dos riscos do setor, de modo que seja evitado o inchaço da estrutura administrativa. Ainda, a estratégia deve estar alinhada ao ambiente regulatório. Esse princípio do alinhamento é uma promessa de harmonia entre toda a política de regulação econômica com a cultura ética da organização implantada.

Desconstrução sugere mudança. Mudança requer diálogo. Conceitos e princípios formam o conjunto de vasos condutores que tematizam esse diálogo; ou a reflexão do homem consigo mesmo, na coletividade; a interação entre indivíduos e com tudo que está ao seu redor. Os conceitos e princípios são pontos de partida para as ações que podem promover o projetado “bem de todos” (PLS n. 303/2016).

3 Estratégias: objetivos e planos de ação

3.1 Deveres do Poder Público e da coletividade – art. 4º

O art. 4º (PLS n. 303/2016) é uma declaração solene de que o projeto de República, cunhado no art. 3º da Constituição (BRASIL, 1988), requer um ambiente de integridade. Cabe ao Poder Público construir e implementar esse ambiente, e à coletividade defendê-lo. Isso resgata a crença permeada no texto do projeto de lei, de que a busca da integridade é parte do esforço de todos.

3.2 Órgãos de colaboração – art. 6º, parágrafo único c.c. art. 36

A lei institui um sistema de integridade. Desse sistema podem participar, como órgãos de colaboração, conselhos profissionais⁷ e conselhos de ética das entidades civis, por meio de convênio ou acordo. A eles é reconhecido também o papel de acionar a lei para buscar as prestações devidas.

Em quase todas as atividades do Poder Público, está presente um agente que exerce profissão regulamentada. Por trás dele existe um conselho profissional fiscalizador. Além deste, os conselhos de ética das entidades civis também têm influência cultural. Por isso, eles podem e devem somar com o Poder Público para a promoção da integridade.

3.3 Papel das ouvidorias – art. 7º

Quem exerce a instância de *compliance* no Poder Público? Suspeita-se que hoje as ouvidorias não cumpram com esse papel. O PLS determina que, onde não houver órgão com a atribuição específica de agente de integridade, a função da ouvidoria seja revista para incluí-la. Esse é um ajuste necessário, que exige dos ouvidores independentes uma atuação proativa, não somente para receber e distribuir queixas, mas para interferir na elaboração, execução e melhoria das políticas internas.

3.4 Teste de integridade – art. 10, VI

A aplicação do teste de integridade a um indivíduo, na fase de recrutamento, pode ser ferramenta útil a uma organização pública ou privada. A sua aplicação na fase de contratação ou durante a vigência do contrato é prevista em documento da ONU⁸. No

7 Os conselhos profissionais podem, por exemplo, contribuir para uma questão que mais cedo ou mais tarde deverá ser endereçada: a qualidade dos programas de integridade e sua certificação para lhe aferir a efetividade.

8 “Integrity testing is a method that enhances both the prevention and prosecution of corruption and has proved to be an extremely effective and efficient deterrent to

âmbito do PLS n. 303, de 2016, não se cogita do uso do teste de integridade como ação controlada, figura do processo penal, aplicável com fins repressivos.

O teste pode ser aplicado por meio de entrevista ou formulário, aplicado eletronicamente ou com orientação de instrutor. O teste poderá, no caso concreto, ser escrutinado por autoridade judicial, seguindo o devido processo legal e de modo a evitar qualquer tratamento discriminatório ou degradante. A Associação dos Advogados dos Estados Unidos (*Business Section*) lista dez recomendações acerca de cuidados que devem ser observados na aplicação do teste. Ainda que não se concorde com todas elas, os itens são dignos de atenção, como seguem:

- nunca utilizar testes como o único critério para decisões de contratação ou promoção;
- evitar o uso de testes que requeiram análise por psicólogos, psiquiatras ou assistentes sociais (isto é, preferir respostas diretas ou objetivas);
- rever testes existentes para certificar-se de que não incluam componente de diagnóstico psicológico. Em outras palavras, ter certeza de que o teste não contribua para encontrar um problema mental ou distúrbio psicológico específico;
- ter certeza de que o teste é estatisticamente válido, confiável e desprovido de preconceitos étnicos e culturais;
- usar testes que tenham relação com o trabalho e com a necessidade do negócio. Por exemplo, testes de extroversão podem ser justificáveis para pessoas que busquem posições em vendas, mas não para pessoas que procurem vagas sem foco intenso na interação com outras pessoas. Do mesmo modo, um teste de integridade pode ser mais justificável para posições relacionadas a finanças e segurança;

corruption. Integrity testing is usually utilized in circumstances where intelligence exists providing indications that an individual or a number of individuals, usually public officials, are corrupt” (UNITED NATIONS ORGANIZATION, 2009).

- aplicar o teste de modo padronizado, que garanta que todos os candidatos às vagas ou empregados sejam avaliados da mesma maneira;
- monitorar os resultados dos testes para certificar-se de que não haja impactos díspares sobre mulheres e minorias;
- tomar medidas para garantir a confidencialidade das respostas dos testes;
- monitorar as estatísticas do local de trabalho relativas a desligamentos, furtos, rotatividade de pessoal e produção para determinar se o uso dos testes resulta na redução das condutas contraproducentes identificadas;
- consultar um advogado com experiência em testes admissionais antes de aplicar qualquer teste. No mínimo, um empregador deve obedecer a requisitos federais bem como a requisitos adicionais impostos pela autoridade do local da aplicação do teste (SEEGULL; CAPUTO, 2009).

Essa previsão no PLS n. 303/2016 introduz no Direito Brasileiro uma ferramenta que dependerá de regulamento. Por ser algo novo, talvez a Administração Pública não esteja preparada⁹ para fazer uso do teste de integridade, sem estudos científicos consistentes¹⁰.

9 Sobre o assunto, agradeço a gentileza do comentário de Wagner Giovanini, experiente especialista brasileiro, para quem não existe “maturidade” para se discutir o assunto no País. Ele acrescenta: “A criação de um teste, com perguntas claras e critérios para respostas, de forma a ser válido para a cultura brasileira, demandaria um estudo científico, para corroborar e definir as linhas limítrofes na sua escala (o que significa bom? O que significa ruim? O que significa ‘mais ou menos’?). Para ser utilizado, é fundamental que o teste seja provado, validado e que, de fato, apresente correlações claras entre o ‘resultado do teste’ e a ‘verdade’, em se tratando de integridade de cada um” (informação verbal em conversa por mensagem de *e-mail* em 26 de setembro de 2016).

10 Uma avaliação científica bastante séria foi divulgada em relatório publicado pelo Congresso Americano: U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *The Use of Integrity Tests for Pre-Employment Screening*, OTA-SET-442 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, September 1990).

Fora da fase de recrutamento, o uso do teste de integridade durante o contrato de trabalho pode gerar preocupação pelo risco de expor indevidamente as pessoas e de quebrar a confidencialidade. É mera especulação a sua utilização, discutida a seguir, nas áreas de comunicação de pessoal, priorização de função e detecção de tendências de comportamento.

Um plano de comunicação e treinamento é parte fundamental de um efetivo programa de integridade. Do ponto de vista operacional é inviável que uma organização consiga prover ações de comunicação e treinamento a todo o seu quadro de pessoal de forma efetiva, homogênea e simultânea. Por esse motivo, deve-se perguntar quais critérios objetivos podem haver para selecionar funcionários com prioridade.

É natural que uma organização com mais de 1.000 funcionários tenha como estratégia classificar os grupos de empregados segundo a capacidade de aderência à sua política de integridade. Entende-se política de integridade abrangente como um conjunto de normas, processos e controles adotados por uma organização para definir a sua cultura de *compliance* e ética organizacional.

Profissionais de recursos humanos podem adotar medidas de aderência para orientar a prioridade de investimentos. Os empregados incluídos nos grupos de menor aderência seriam escolhidos para participar, com prioridade, de programas de treinamento e comunicação com conteúdo talvez mais específico, isto é, destinado a combater comportamentos indesejados (FORNARI, 2016, p. 59-66).

Com esse escopo, o teste de integridade, validamente planejado, construído e aplicado, poderá ser ferramenta útil para atender à exigência de efetividade da implementação e manutenção da estratégia de integridade a menor custo. A sua aplicação pressupõe, portanto, a existência de um plano estratégico¹¹ de comunicar e treinar para gerar cultura.

11 Uma organização poderá ter boa razão para não contratar um candidato com alguma dificuldade identificada no teste de integridade; ao contrário, poderá assumir o risco calculado de contratar. Na hipótese, ela deve adotar uma política de

Outro tipo de aplicação poderia priorizar pessoas para certas funções. Por exemplo, uma organização pode ter como política somente indicar, para a posição de *compliance*, um executivo que tenha alcançado certa pontuação em teste de integridade; ou uma organização pode orientar a seleção do *staff* do setor de compras (comissão de licitação), setor de fiscalização ou de licenciamento, num órgão ou ente público, de acordo com um histórico de risco de corrupção.

Não se imagina a aplicação do teste de integridade meramente para identificar crenças e modos de agir de pessoas, funcionários, parceiros ou cidadãos, ainda que para ajudá-los a se alinhar com a cultura da organização e a propagar ou defender essa cultura corretamente.

No entanto, parece legítimo que organizações se preocupem com a conduta dos seus auxiliares no ambiente de trabalho¹². Essa preocupação pode ocorrer no momento em que novos candidatos são selecionados e contratados. As estatísticas do *Bureau of Justice* dos Estados Unidos indicam que quase dois milhões de americanos, por ano, têm sido vítimas de algum tipo de violência no ambiente de trabalho¹³. A violência pode afetar a produtividade

Gestão de Pessoas capaz de mitigar os riscos da sua escolha. A propósito, será tão incomum uma empresa de tecnologia contratar um gênio portador de alguma disfunção social? Como se disse, o uso da ferramenta não deve expor os candidatos, que devem ser abordados com dignidade e empatia, e deve fazer parte de um conjunto de técnicas de avaliação mais amplo.

12 Para esse fim, o Governo Americano aplica o teste, assim definido: “An integrity test is a specific type of personality test designed to assess an applicant’s tendency to be honest, trustworthy, and dependable. A lack of integrity is associated with such counterproductive behaviors as theft, violence, sabotage, disciplinary problems, and absenteeism. Integrity tests have been found to measure some of the same factors as standard personality tests, particularly conscientiousness, and perhaps some aspects of emotional stability and agreeableness”. Disponível em: <<https://www.opm.gov/policy-data-oversight/assessment-and-selection/other-assessment-methods/integrityhonesty-tests/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

13 Violência no ambiente de trabalho é definida como: “any act or threat of physical violence, harassment, intimidation, or other threatening disruptive behavior that occurs at the work site. It ranges from threats and verbal abuse to physical assaults

e implicar aumento de custos. Por isso, podem as organizações desenvolver técnicas para detectar potenciais agressores ou para selecionar indivíduos, após teste individual e objetivo, que não revelem propensão a cometer desvios éticos adversos às políticas de integridade adotadas pelas organizações? Esse questionamento vem à tona quando se discute a aplicação do questionado teste de integridade, previsto no guia técnico da ONU.

3.5 Carta anual – art. 10, VII

A “Carta Anual de Governança” ou documento equivalente serve para o órgão ou ente Público explicitar, de forma clara e resumida, a estratégia adotada. É instrumento de transparência, que conterà informações de interesse público, é elemento que possibilitará o exercício do controle social.

O documento deve ser de responsabilidade da alta direção, e a ele deverá ser dada ampla divulgação. A expectativa é que nele a alta direção fornecerá evidência do seu envolvimento e do seu comprometimento com a estratégia de integridade, além de esclarecimento acerca das políticas do órgão ou ente público.

A figura da carta anual consta de lei, conforme disciplina o Estatuto das Empresas Estatais (BRASIL, 2016, art. 8º).

3.6 Representação de interesses ou atividade de *lobby* – art. 11

A falta de regulação da atividade de *lobby* no Brasil é considerada uma lacuna do Direito Brasileiro. O PLS propõe que o Poder Público, ao estabelecer a sua estratégia de integridade, adote a regulação adequada da atividade de representação de interesses.

and even homicide. It can affect and involve employees, clients, customers and visitors”. São 16 tipos de condutas, envolvendo mentiras, furtos, abusos decorrentes de uso de drogas e de álcool etc., conforme Russell A. Johnson, CEO, Merchants Information Solutions, Inc. (JOHNSON, 2013).

O art. 11 oferece balizas mínimas. A regulamentação mais detalhada deverá ser desenvolvida, por exemplo, pelas autoridades centrais (conceito especificado no texto do PLS n. 303/2016) em articulação com outras que façam parte do sistema de integridade.

3.7 Práticas e diretrizes de compras e contratações – art. 19, § 1º, VII

Mecanismos de integridade devem ser instituídos para cada etapa do processo de licitação e contratação. Particularmente, cabe ao Poder Público proceder a análises periódicas para confrontar dados de licitações e dispensas. Dado notório é que quase 50% das contratações em 2015, na esfera federal, não passaram por processo licitatório. Isso é bom ou é ruim do ponto de vista da corrupção e da qualidade do gasto público? Uma revisão das práticas de compra em confronto com as entregas poderá detectar fraude e prevenir perdas.

4 Integridade nas licitações e contratos públicos

4.1 Estratégia de integridade – art. 21

Mais do que um dever, a integridade será objeto de uma estratégia. Essa estratégia deve ser documentada pelo Poder Público, pois todo fornecedor tem direito a conhecê-la. E ambos devem se conduzir em conformidade com essa estratégia. Edital e contrato devem fazer remissão a essa ferramenta.

4.2 Adicional a programa de integridade como critério de desempate em licitações – art. 25

O PLS admite que a autoridade, livre na formatação do plano de integridade, considere no processo licitatório o programa de integridade como condição de participação e como critério de julgamento da proposta mais vantajosa. O quadro a seguir esclarece todas as possibilidades.

Hipótese	Modalidade aplicável de condição de participação ou de critério de julgamento	Artigo
1	Manifestação em que o licitante vencedor ou contratado declara que conhece a estratégia de integridade do órgão ou ente público, possui programa de integridade ou sistema equivalente e assume o compromisso de manter a sua efetividade.	23
2	Apresentação de documentação de programa de integridade.	24, § 1º
3	Prova de existência e prova da efetividade e compromisso de manter a efetividade.	24, § 2º
4	Programa <i>plus</i> – além da prova da existência e da efetividade do programa, ao licitante vencedor é exigida condição específica, seja como condição de participação ou como critério de desempate, conforme o edital disciplinar.	24, § 3º c.c. 25
5	Sistema integrado de conformidade aplicável na construção e na exploração de infraestrutura.	26

Ao assinar declaração no sentido de que é uma organização ética, a pessoa jurídica assume as consequências da sua manifestação. O mesmo se aplica à organização que apresenta documentação relativa a seu programa, dispensada de cumprir qualquer outra exigência de comprovação de sua efetividade.

O art. 25 c.c. § 3º do art. 24 do PLS n. 303/2016 prevê uma hipótese de desempate, à escolha do Poder Público. O critério de desempate vem de lei, que apenas autoriza o Poder Público a adotá-lo. E deve em princípio estar presente no edital¹⁴.

14 A esse respeito, vale lembrar, a título de exemplo, a discussão dos critérios previstos nos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 em favor de microempresas e empresas de pequeno porte. Nesse particular, parece não haver uma orientação do STJ no sentido de serem ou não aplicáveis, independentemente de estarem previstos no edital. Em

Elementos específicos são previstos no § 3º do art. 24 como condição de participação na licitação, isto é, nem todos os programas de integridade contemplam os elementos previstos nos incisos I a VII do § 3º do art. 24. Essa disposição autoriza o Poder Público a adotar esses elementos, seja como condição de participação no processo licitatório, seja como critério de julgamento da proposta mais vantajosa; tal é o exato escopo do art. 25.

Ato do Poder Executivo poderá adotar outras medidas complementares (art. 27). O presidente da República, o governador do Estado ou o prefeito, ao considerar o histórico de corrupção em locais específicos, bem como os riscos mais graves de perdas à Fazenda Pública, deverá baixar decreto para, estrategicamente, especificar exigências, responsabilidades, processos e penalidades.

4.3 Sistema integrado de conformidade – art. 26

O Projeto prevê a figura do sistema integrado de conformidade, destinado ao ambiente de governança na exploração de infraestrutura. É um arranjo de *compliance* setorial¹⁵, com a previsão de espaço próprio para a solução e prevenção de disputas. Esse complexo poderá ser indicado para os grandes empreendimentos de longo prazo, que reúnem uma multiplicidade de relações jurídicas.

A colaboração ética entre os *stakeholders* no ambiente de negócio (a) ancora-se no pressuposto de que nenhum grupo pode alcan-

alguns julgamentos de recursos especiais, sem entrar no mérito da questão o STJ tem decidido apenas com apoio em matéria processual. Contudo, em segundo grau de julgamento, os tribunais têm entendido que a despeito da omissão do edital de licitação quanto à aplicação dos critérios de desempate, os previstos nos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 prevalecem em favor de pequenas empresas, devendo tais regras serem observadas. Com esse entendimento, tem sido concedida a suspensão de certames por violação aos citados dispositivos. Essa tendência, aqui registrada apenas para ilustrar a problemática, não afeta a aplicação do art. 25.

15 Importante material sobre o assunto é o documento do World Bank Institute “Fighting Corruption Through Collective Action – a Guide for Business”, no endereço: <<http://www.granthornton.ca/resources/Guides/Forensics/Collective%20action%20guide.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

çar um ambiente ético sozinho; e (b) viabiliza a sustentabilidade do mercado, em termos de diluir custos de operacionalização estratégica¹⁶.

É uma novidade a inclusão no sistema integrado de conformidade de um espaço para solução consensual de conflitos. São várias as razões para essa inclusão:

- assimetria de informações entre os diversos agentes;
- desequilíbrio nas relações que refletem interesses mal resolvidos por defeito de mercado ou de regulação (ou do Estado);
- riscos mal delineados ou de difícil mitigação no ambiente de negócio.

Esse cenário poderá gerar alto nível de conflitos de natureza variada: social, institucional, comunitário ou empresarial. Não se afirma que os referidos conflitos tenham causa em desvios éticos, pois podem surgir da simples complexidade do ambiente de negócio. No entanto, não se pode descartar que os desvios éticos podem gerar uma insatisfação entre *stakeholders*, parceiros ou contratantes e impactar no volume de conflitos. E quanto maior o volume desses conflitos, maiores os custos do investimento.

Ao pretender eliminar desperdícios ou reduzir custos desnecessários, um sistema de colaboração ética persegue uma filosofia *lean*. Essa filosofia busca, em resumo, organizar atividades humanas de modo a maximizar a entrega de benefícios à sociedade e de valores a indivíduos com produtos inovadores e com redução de desperdícios¹⁷. Diversamente das simples associações profissionais

16 Os resultados dos acordos setoriais dependem dos arranjos de governança e dos recursos disponíveis. Sobre esse assunto, ver também Giovanini (2014, p. 400). O Instituto Ética Saúde é uma experiência brasileira de acordo setorial no mercado de OPME (Órteses, Próteses e Material Especial) ou DMI (Dispositivo Médico Implantável): <www.eticasaude.com.br>.

17 “Lean thinking is a business methodology that aims to provide a new way to think about how to organize human activities do deliver more benefits to society and

e de empresas, que fazem a defesa dos seus associados, a entidade que administrar esse sistema buscará resgatar o poder criativo de um capitalismo de livre-iniciativa. Essa proposta tem por base a cooperação social e o progresso humano, e floresce mediante a sensibilização de líderes conscientes comprometidos com uma cultura e gestão conscientes.

Cada setor de infraestrutura se caracteriza por ser altamente regulado, alavancar o desenvolvimento nacional, envolver grande investimento financeiro, requerer relevante aporte tecnológico e atrair interesses público e privado de considerável complexidade.

O Sistema Integrado de Ética e *Compliance* busca:

- construir uma plataforma de confiança (livre de amarras à competição) e facilitar a comunicação entre os agentes;
- alinhar as políticas de *compliance* entre as diferentes organizações do setor, no ambiente doméstico, regional e transnacional;
- compartilhar recursos e capacidade de atender os deveres de ética e *compliance*;
- identificar riscos à integridade e construir uma autorregulação ancorada na prevenção como resposta à qualidade das entregas privadas e públicas no setor;
- promover o acesso a soluções efetivas de conflitos, a partir da identificação da complexidade e volume de litígios associados ao ambiente do negócio, por meios consensuais, voluntários e adequados, alternativo ou concorrente com o processo judicial.

value to individuals while eliminating waste. [...] The aim of lean thinking is to create a lean enterprise, one that sustains growth by aligning customer satisfaction with employee satisfaction, and that offers innovative products or services profitably while minimizing unnecessary over-costs to customers, suppliers and the environment". A respeito do modo *lean* de pensar, ver: <https://en.wikipedia.org/wiki/Lean_thinking>. Acesso em: 6 out. 2016.

Para cumprir as suas finalidades, a entidade terá uma governança composta de órgãos de natureza deliberativa, administrativa, executiva, normativa, disciplinar e consultiva.

4.4 Disposições aplicáveis a setores específicos – arts. 29 a 34

O PLS n. 303/2016 também endereça normas acerca da integridade nas empresas estatais, nas agências reguladoras e nas organizações dedicadas a atividades na área social (ensino, saúde e previdência). A atenção dirigida a esses setores se explica por diversas razões: histórico de corrupção, altos gastos do governo e relevância social do serviço.

O Estatuto das Empresas Estatais contém normas que orientam as estratégias de integridade nesse segmento da Administração Pública indireta. Mas o art. 30 do PLS n. 303/2016 estabelece uma novidade: especifica a responsabilidade do *chief compliance officer* (executivo chefe de integridade) das estatais. O reforço dessa responsabilização é uma tendência mundial¹⁸. Essa responsabilização pessoal caracteriza o papel do CCO como importante garantidor da efetividade do sistema de integridade.

A sociedade também tem um interesse qualificado na qualidade das entregas devidas pelos mercados regulados, isto é, indiretamente explorados pelo Estado, nos termos da Constituição (BRASIL, 1988, art. 175, parágrafo único). Por isso, as agências reguladoras têm um papel a cumprir na promoção das estratégias de integridade nesses mercados. No art. 33, o PLS n. 303/2016 inclui a norma de certificação como referência técnica e padrão

18 Confira-se, por exemplo, *The Wall Street Journal*, de 11 fev. 2016, caderno Market/Financial Regulation: “The Most Thankless Job on Wall Street Gets a New Worry, Recent enforcement actions find compliance officers personally liable”. *Compliance & Ethics Professional*, uma publicação de setembro de 2014 da Sociedade de Compliance Corporativo e Ética – SCCE (sigla em inglês), registra: “the recent trend of regulators and enforcement officials has expanded the scope of investigations to in-house compliance personnel and has, in some cases, resulted in personal liability of individuals providing compliance activities for corporate wrongdoing”.

para a avaliação da efetividade de programa de ética e *compliance*. A menção a um padrão técnico é indicativo de preocupação com a qualidade da certificação.

A atenção institucional que o PLS sugere poderá ser de diversas modalidades. O incentivo limitado, por exemplo, na participação de licitações ou compras, publicação de manuais¹⁹ ou modelos de programa de integridade, disponibilização de linha de crédito limitada etc. A ideia de promoção de programa de integridade está atrelada a uma política estatal que poderá casar subsídio oficial com a natureza do retorno, isto é, a qualidade das entregas públicas e privadas.

No âmbito da ordem social, como em qualquer setor da economia, o cumprimento do dever de integridade (*accountability*) requer a definição ou mapeamento:

- das políticas afetas à organização (hospitalar, de previdência e de ensino);
- dos riscos de não cumprimento de cada uma das políticas abrangidas no escopo do negócio, não somente riscos de qualidade dos resultados, regulatório ou de gestão, mas sobretudo do risco à integridade ou ético;
- dos processos técnicos e dos procedimentos administrativos previstos para a mitigação dos riscos identificados e descritos²⁰.

19 A Inspeção Geral do Departamento de Saúde e Serviço Social (*Department of Health and Human Services*) dos Estados Unidos costuma expedir guias de programa de *compliance* para hospitais (*Compliance Program Guidance for Hospitals*) e outros setores da saúde (OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, 1998).

20 No setor da saúde, particularmente na gestão do SUS e também da saúde suplementar, o controle do estoque das milhares das políticas e definição dos riscos não será possível sem o auxílio da tecnologia digital. A Administração Pública Federal já conta com uma Política de Governança Digital (Decreto n. 8.638, de 15.1.2016). Esse controle é possível e necessário para organizar e manter as medidas (processos técnicos e procedimentos administrativos) para mitigação ou controle dos riscos à integridade. Esse será, a médio ou longo prazo, um caminho inevitável.

É fundamental a criação de uma cultura do risco²¹; o seu mapeamento²² deve ser periodicamente atualizado e divulgado. A implantação dessa cultura é trabalhosa e custosa. Contudo, o trabalho mais intenso e de maior custo incide somente na fase inicial.

5 Destaque final

O PLS termina titulando a coletividade como beneficiária dos bens jurídicos previstos na lei (art. 38). É um reforço do empoderamento dos cidadãos (art. 35), e que inspira a proatividade dos órgãos de controle (art. 36). Os agentes públicos que falharem na implementação do estatuto da integridade terão contra si as sanções previstas nas leis próprias e naquelas aplicáveis aos funcionários públicos em geral (art. 40).

Lei não muda comportamento, mas ajuda a induzir iniciativas humanas transformadoras. Mudança de cultura corporativa requer política consistente, normas, ações planejadas e monitoramento. Cidadãos empoderados podem evitar a falência dos sistemas de prestação de contas (*accountability*). Mais *accountability* ajuda os agentes do Estado a gastar melhor os recursos escassos da sociedade. Isso não tem ideologia. São esses os ganhos que da lei (se o PLS 303 de 2016 vingar) e de seus regulamentos a sociedade pode esperar.

21 Planos de Prevenção de Riscos de Gestão (incluindo riscos de corrupção e infrações conexas) constituem prática adotada pelo Tribunal de Contas de Portugal. A atividade nacional de prevenção foi adotada pela Lei n. 54/2008, de 4 de setembro, que também criou o Conselho de Prevenção da Corrupção. O CPC aprovou em 2009 a sua primeira recomendação sobre “planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas”. Essa recomendação é a base que orienta a geração de mapas de identificação de riscos e medidas de prevenção. Disponível em: <http://www.tcontas.pt/pt/plano_risco/despacho_34_2012_gp.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

22 Sobre o assunto, no Brasil, vale consultar o documento “Metodologia de Mapeamento de Riscos de Corrupção”, da CGU. Disponível em: <http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_corrupcao/cor_04.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016. No âmbito da Conferência dos Países de Língua Portuguesa, vale consultar o “Guião de Boas Práticas para a Prevenção e o Combate à Corrupção na Administração Pública”, documento publicado em nov./2011 pelos Organismos Estratégicos do Controlo Interno da CPLP. Disponível em: <http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/guia_cplp.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Referências

BECK, U. *Risk Society: Towards a new modernity*. Theory, culture & society series. London: SAGE, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º jul. 2016.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 303, de 2016. Dispõe sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, estabelecido para a proteção preventiva e integral dos bens, interesses e direitos inerentes ao patrimônio público nacional, e dá outras providências. Autoria: Senador Reguffe. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=126612>>. Acesso em: 30 maio 2016.

FORNARI, J. *O executivo na essência: a "genética" do comportamento gerencial*. São Paulo: Évora, 2016.

GIOVANINI, W. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo: produção particular, 2014.

JOHNSON, R. A. Why and how to implement integrity testing as an important part of your talent management cycle! *Merchants Information Solutions, Inc.*, may 2013. Disponível em: <https://merchantsinfo.com/media/1252/integrity-testing-why-and-how-to-implement_merchants.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

LANGSETH, P.; STAPENHURST, R.; POPE, J. The Role of A National Integrity System in Fighting Corruption. *Commonwealth Law Bulletin*. v. 23, p. 499-528, 1997. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/233163337_The_Role_of_A_National_Integrity_System_in_Fighting_Corruption>. Acesso em: 16 set. 2016.

MOREIRA NETO, D. F. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 1, p. 46-63, set. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

OFFICE OF INSPECTOR GENERAL (OIG). Compliance Program Guidance for Hospitals. *Federal Register*, v. 63, n. 35, p. 8987-8998, 23 fev. 1998. Disponível em: <<https://oig.hhs.gov/authorities/docs/cpghosp.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

OMISSÃO contra corrupção decepciona, diz Moro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A6, 15 jul. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Avaliações da OCDE sobre Governança Pública*. Avaliação da OCDE sobre o sistema de integridade da Administração Pública Federal brasileira: gerenciando riscos por uma administração pública mais íntegra. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacaointernacional/convencao-da-ocde/>>

arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

SEEGULL, L. R.; CAPUTO, E. J. When a test turns into a trial: Things to keep in mind about psychological testing. *ABA Business Law Section*, Chicago, v. 15, n. 3, jan./fev. 2009. Disponível em: <<https://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2006-01-02/caputo.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNODC). United Nations Office On Drugs And Crime. *Technical Guide To The United Nations Convention Against Corruption*. New York: United Nations, 2009. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.