



## **FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO COMBATE A PANDEMIA DO COVID-19 E A EFICIÊNCIA ECONÔMICO-ADMINISTRATIVA DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS DE SAÚDE ATRAVÉS DA OBSERVÂNCIA DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE.**

### ***SOCIAL FUNCTION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE EFFICIENCY OF HEALTH PUBLIC POLICIES FIGHTING THE COVID-19 PANDEMIC AND THE ECONOMIC AND ADMINISTRATIVE EFFICIENCY OF HEALTH PRODUCTS SUPPLY CONTRACTS THROUGH THE RULES OF A COMPLIANCE PROGRAM.***

**LORENA DE MELO FREITAS**

Professora Associada do CCJ/ UFPB; Doutora em Direito pela UFPE.

**ALINSON RIBEIRO RODRIGUES**

Coordenador e Professor do polo da Universidade Presbiteriana Mackenzie em João Pessoa/PB; Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas; Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa/PB – Programa de Pós-graduação em Direito.

**GLAYDSON MEDEIROS DE ARAÚJO SOUZA**

Coordenador Jurídico e Compliance na Elfa Medicamentos S.A. em João Pessoa/PB; Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas.

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objeto a análise da função social dos contratos administrativos de fornecimento de materiais de saúde e a eficácia das políticas públicas no combate a pandemia do COVID-19. Assim, o problema deste trabalho analisa de que maneira a aplicação da função social dos contratos através da implementação de um programa de *compliance* pode contribuir para a eficácia de políticas públicas de saúde voltadas ao atendimento das demandas relacionadas a pandemia do COVID-19? A hipótese inicial está relacionada a aplicação suplementar da função social dos contratos permite uma maior eficiência econômica e administrativas dos contratos, partindo da causa geral própria do contrato e a observância do programa de *compliance* pelas empresas fornecedoras de materiais de saúde reduzem a imprevisibilidade comportamental das partes e os custos de transação.





**Palavras-Chave:** Interesse Público; Eficiência; Contrato Administrativo; Função Social dos Contratos; Compliance.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the social function of administrative contracts for the supply of health products and the effectiveness of public policies in combating the COVID-19 pandemic. Thus, the problem of this work analyzes how the application of the social function of contracts through the implementation of a compliance program can contribute to the effectiveness of public health policies aimed to meeting the demands related to the COVID-19 pandemic? The initial hypothesis is related to the supplementary application of the social function of the contracts allows for greater economic and administrative efficiency of the contracts, starting from the general cause of the contract and the compliance with the compliance program by the companies supplying health products reduces behavioral unpredictability of the parties and transaction costs.

**Key-words:** Public Interest; Efficiency; Administrative Contract; Social Function of Contracts; Compliance.

## INTRODUÇÃO

O Brasil desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988 adotou um modelo de política pública de saúde universal, este sistema obrigou na medida em que trouxe maior sensação de bem-estar para a população brasileira, apresentou também, um aumento exponencial nas compras de materiais de saúde para a manutenção do sistema único de saúde, ainda que estivesse sofrendo um processo de desindustrialização.

As compras destes insumos de saúde são aperfeiçoadas através de contratos administrativos, que adotam o regime jurídico de direito público, contudo, este tem se revelado ineficaz na realização e operações econômicas eficientes capazes de satisfazer de forma ótima as necessidades do setor público de saúde, frente a esta situação o problema deste trabalho procura analisar de que maneira a aplicação suplementar da função social dos contratos através da implementação de um programa de *compliance* pode contribuir para a eficácia de políticas públicas de saúde voltadas ao atendimento das demandas relacionadas a pandemia do COVID-19?





A hipótese inicial está relacionada ao fato de que a aplicação suplementar da função social dos contratos permite uma maior eficiência econômica e administrativas dos contratos, partindo da causa geral própria do contrato até a observância das práticas decorrentes do programa de *compliance* adotados pelas empresas fornecedoras de materiais de saúde reduzem a imprevisibilidade comportamental das partes e os custos de transação.

O objetivo deste trabalho será analisar como a função social dos contratos concretiza o interesse público e a eficiência administrativa através das práticas decorrentes do *compliance*, contribuindo para a maior eficácia das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado brasileiro no combate a pandemia decorrentes do COVID-19.

Este trabalho fora dividido em três capítulos, inicialmente o leitor irá analisar a realidade brasileira perante o mercado de produtos de saúde diante da sua desindustrialização, em segundo lugar, será analisado a ineficácia do regime jurídico de direito público dos contratos administrativos e a aplicação suplementar da função social dos contratos como instrumento capaz de reduzir a imprevisibilidade comportamental das empresas fornecedoras que contratam com o poder público e os custos de transação.

Por fim, de que maneira a função social dos contratos administrativos através das práticas decorrentes de um programa de *compliance* podem promover a redução da imprevisibilidade comportamental das empresas e conseqüentemente tornar ainda eficiente economicamente as operações de contratação e a política pública de saúde voltada ao atendimento da pandemia do COVID-19.

Tendo em vista o caráter do estudo, que se apresenta como teórico e conceitual a pesquisa se utiliza da técnica de pesquisa bibliográfica, no que concerne a uma classificação quanto aos procedimentos técnicos utilizados, desenvolvida através de livros jurídicos, artigos publicados em revistas especializadas e jurisprudências sobre o assunto abordado, onde estes expuseram seus conceitos e entendimentos, facilitando a compreensão do tema. A vertente metodológica utilizada é de abordagem qualitativa, porque analisa-se a doutrina e legislação pertinente ao tema para aplicá-las na descoberta de uma solução para a questão em estudo. No que concerne à classificação





da pesquisa, com relação ao objetivo geral, o trabalho tem natureza exploratória, visto que traz como principal finalidade buscar, desenvolver, e esclarecer conceitos e ideias.

O método de abordagem utilizado no trabalho é o hipotético-dedutivo, por fazer a análise da função social dos contratos aplicada no âmbito dos contratos administrativos e a sua correlação com as regras de *compliance*.

## 1. O MERCADO DE PRODUTOS DE SAÚDE E OS SEUS IMPACTOS NA EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESENVOLVIDAS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: O PROCESSO DE DESINDUSTRIALIZAÇÃO DO SETOR PRODUTIVO DE SAÚDE DO BRASIL

A Carta Constitucional brasileira de 1988 ao apresentar a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico do sistema normativo inaugura uma nova etapa na história constitucional e jurídica do Brasil, os direitos fundamentais, corolários da dignidade da pessoa humana, ganham ainda mais importância.

O exercício da função jurisdicional passa por uma transformação substancial, na medida em que a tutela dos direitos fundamentais independe de autorização legal do Poder Legislativo ou Executivo, bem como, não fica restrita ao campo do direito público, sendo aplicável, também, as relações entre particulares.<sup>1</sup>

Neste cenário, os direitos sociais, sobretudo o direito a saúde, ganha especial atenção na medida em que o texto constitucional estabelece deveres ao Estado Brasileiro

---

<sup>1</sup> “[...] poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja, naquelas das quais o Estado não participa.” DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Revista Direito GV 1. v. 1 n. 1 p. 173-180, mai. 2005, p.174.





a fim de que este possa implementar políticas públicas de saúde gratuita e universal, criando o sistema único de saúde.<sup>2</sup>

A adoção de um sistema público de saúde que contemple a todos os cidadãos e todas as enfermidades criou para o Estado brasileiro a necessidade elevar sobremaneira as compras de insumos para o atendimento das políticas públicas.

Estas compras são operadas através de contratos administrativos<sup>3</sup>, regulados pela legislação infraconstitucional e supletivamente pelos princípios do direito contratual e normas do direito privado.<sup>4</sup>

No momento da pandemia decorrente do COVID-19 a administração pública em todos os níveis da federação, se vira obrigada a comprar insumos de forma emergencial a fim de atenderem a demanda do serviço público de saúde, contudo, dois problemas podem ser destacados, ambos com uma relação de causalidade, em primeiro lugar o processo de desindustrialização do Brasil revelou de forma nociva os impactos que este

---

<sup>2</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) CF/88

<sup>3</sup> Cumpre neste momento fazer um recorte metodológico, a fim de definir a escolha da terminologia contratos administrativo, entende-se por contratos administrativos uma espécie do gênero contrato da administração, a outra espécie seria contrato privado da administração, este último regido eminentemente pelo direito Civil ou empresarial, embora as duas espécies de contratos possuam o interesse público como finalidade primordial, nos contratos administrativos a aplicação das normas de direito privado são suplementares as normas de direito público, portanto, o regime jurídico de direito público aplicável a espécie é o que distingue o contrato administrativo. (, p.190 e 191, (CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

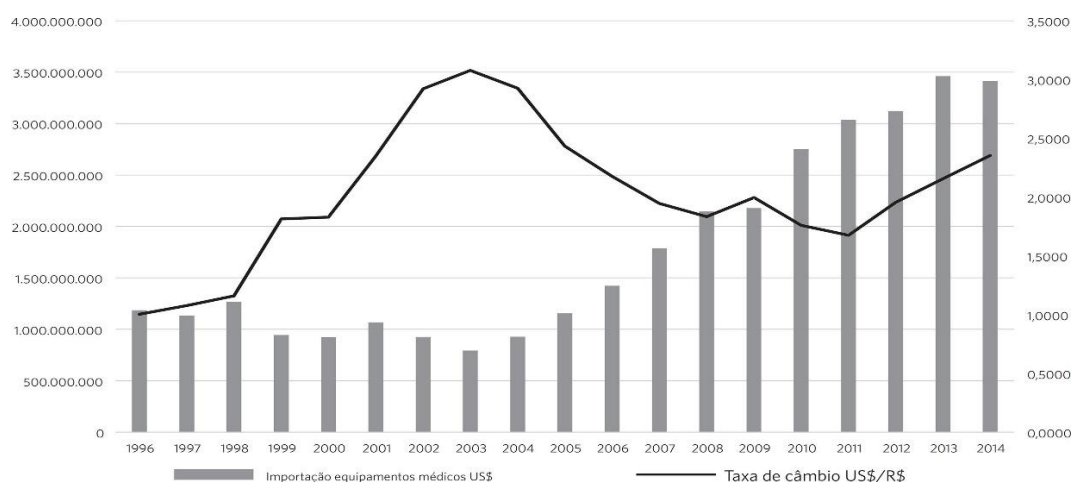
<sup>4</sup> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (Lei 8666/1993).





processo acarreta na concretização de políticas públicas de saúde, a indústria nacional não possui capacidade para atender a demanda do sistema único de saúde, conseqüentemente, o poder público foi obrigado a celebrar contratos administrativos emergenciais com empresas privadas fornecedoras destes insumos, muitas delas através de dispensa de licitação.<sup>5</sup>

Para fins de apresentar dados que corroborem com os argumentos acima apontados, a balança comercial do Brasil relacionada a compra de materiais de saúde e a taxa de câmbio US\$/R\$:<sup>6</sup>



**Fonte:** CESÁRIO; COSTA; MALDONADO; VARGAS (2017, p.452)

<sup>5</sup> Vide lei 13.979/2020.

<sup>6</sup> “Com relação a metodologia utilizada no desenvolvimento do estudo, os autores aduzem: Utilizou-se dos dados da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), disponíveis no Sistema de Informações de Comércio Exterior via Internet (Alice Web), visando mensurar a importância da relação entre importação e câmbio nos medicamentos e equipamentos de saúde. A seleção de NCMs nos segmentos de medicamentos e equipamentos médicos segue a metodologia adotada pelo Grupo de Inovação em Saúde (GIS/Ensp/Fiocruz – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/Fundação Oswaldo Cruz), que coleta, sistematiza e analisa os dados de comércio exterior na área da saúde. Tal método constitui a principal referência para estimativa do déficit comercial nos segmentos ligados ao complexo da saúde. As importações são apresentadas como despesas agregadas, FOB (*free on board*), não discriminando quantidades, pois elas não estão disponíveis para todos os bens importados que fazem parte dos valores agregados das importações de equipamentos médicos e de medicamentos.” CESÁRIO, Bernardo Bahia; COSTA, Laís Silveira; MALDONADO, José Manuel Santos De Varge; VARGAS, Marcos Antônio. Vulnerabilidade do SUS em relação à variação cambial: análise da dinâmica de importação de medicamentos e equipamentos de saúde entre 1996 e 2014. Saúde em Debate, v. 41, p. 441-456, 2017, p.442.





Com relação aos resultados da pesquisa cujos dados foram apresentados nos gráficos acima os autores do estudo concluem:

Em equipamentos médicos, o *deficit* comercial saltou de um patamar de US\$ 200 milhões no final da década de 1980 para um valor também em torno de US\$ 800 milhões em meados dos anos 1990, constituído na sua maior parte por produtos eletrônicos. No período recente, o saldo comercial, apesar de ter apresentado uma redução no triênio 2002/04, associado à desvalorização cambial, crise política, escassez de crédito, entre outros fatores, logo a seguir reverte essa tendência, situando-se ao redor de US\$ 2,8 bilhões em 2013 e 2014. Em 2015, aliado à crise atual, assistiu-se a uma pequena redução deste *deficit* que ficou em US\$ 2,3 bilhões (GIS, 2016).<sup>7</sup>

Podem ser levantados os motivos que levaram ao déficit na balança comercial são os mais variados, partindo do processo de desindustrialização de produtos de saúde a partir da abertura comercial do Brasil ao mercado global, década de 1990, conseqüentemente

[...] Uma série de produtos que havia sido incorporada à produção local nas décadas anteriores deixa de ser produzida no Brasil, como, por exemplo, marcapassos implantáveis e aparelhos de laboratório mais complexos ou mesmo equipamentos radiológicos em face da falta de competitividade perante as multinacionais [...]<sup>8</sup>

Um segundo fator que destacamos nesta oportunidade, e que possui uma relação de causalidade direta com o primeiro, está relacionada a lei da oferta e da procura, na medida em que o Brasil adota um sistema único de saúde amplia a demanda por produtos de saúde, contudo, o processo de desindustrialização reduz a capacidade produtiva do Brasil, reduzindo com isso a concorrência pela oferta do produto, assim, no momento em que a pandemia do COVID-19 afeta o sistema de saúde demandando ainda mais insumos, a oferta produtiva e de distribuição encontra-se extremamente reduzida, impactando diretamente nos preços dos produtos adquiridos neste momento, bem como,

---

<sup>7</sup> Ibid., p.451.

<sup>8</sup> Ibid., p.449.





na eficiência administrativa, forçando a administração pública a depender de fornecedores internacionais.<sup>9</sup>

Outrossim, há casos de falta de previsibilidade comportamental da empresa contratada quanto a possibilidade de cumprir com as obrigações avençadas nos contratos administrativos, assim, diversos contratos de fornecimento celebrados durante a pandemia da COVID-19 não foram cumpridos.<sup>10</sup>

Frente a esta conjuntura de fatores, se faz necessário analisar o contrato administrativo pelo qual estas aquisições de materiais de saúde estão sendo efetuadas durante a pandemia, uma vez que mesmo com a proteção e as prerrogativas que a administração pública detém nesta espécie contratual elas não tem se revelado eficazes no momento de afastar os riscos econômicos relacionados as compras de insumos de saúde.

Neste sentido, a aplicação da função social dos contratos no âmbito das relação dos contratos administrativos é um importante instrumento a fim de mitigar os riscos

---

<sup>9</sup> Esta dependência estrangeira para atendimento de políticas públicas de saúde demonstram a fragilidade institucional do Brasil no mercado internacional de forma que: “Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada é que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heteroneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. A medida que os preços dos bens e serviços transacionados nesses mercados passam a ser formados fora do alcance das competências regulatórias estatais, esgarçando-se o vínculo entre a produção e a circulação da riqueza e o território, inicia-se um período histórico em cujo âmbito a economia cada vez mais se impõe sobre o debate público e as agendas governamentais de todos os países (ainda que de modo diferenciado). Nesse novo contexto socioeconômico, embora em termos formais os Estado continuem a exercer soberanamente sua autoridade, nos limites de seu território, em termos substantivos muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se materialmente limitados em sua autonomia decisória. FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

<sup>10</sup> Neste sentido, destacamos algumas compras que foram realizadas sem a observância de elementos não-consensuais mas que fazem parte das obrigações envoltas as relações contratuais celebradas entre o Estado Brasileiro e empresas fornecedoras de materiais de saúde, é o caso, por exemplo, das tentativas realizadas por parte do Consórcio do Nordeste na compra de respiradores para utilização durante a pandemia, o equipamento é de extrema importância na manutenção da vida dos pacientes uma vez que o COVID-19 acarreta uma síndrome respiratória grave, contudo, a compra dos respiradores realizada pelos Estados do Nordeste fora frustrada por duas tentativas, retardando a utilização dos produtos nos pacientes da rede pública de saúde dos Estados daquela região. Vide: Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2020/04/03/empresa-cancela-compra-de-400-respiradores-para-bahia-e-200-para-ceara.ghtml>. Data do acesso:25/05/2020).







inerentes as relações contratuais celebradas neste momento de pandemia, sobretudo quando analisada à luz do impacto positivo na redução dos custos de transação atrelada a observância da causa geral própria do contrato e da previsibilidade comportamental das partes decorrente das regras de *compliance* e conseqüentemente elevação da eficiência administrativa.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE DA CONJUGAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA-ADMINISTRATIVA DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS DE SAÚDE VOLTADOS AO COMBATE DA PANDEMIA DO COVID-19

Antes de adentrar especificamente na temática relacionada a aplicação da função social dos contratos, importa analisar a possibilidade de aplicação supletiva deste instituto nos contratos administrativos, porém, a fim de que possamos compreender a aplicação supletiva, alguns pontos relacionados ao contrato administrativo precisam ser destacados em virtude deles terem uma característica peculiar quando analisado à luz da dogmática contratual do direito privado, assim, o contrato administrativo pode ser conceituado como uma relação obrigacional firmada entre a administração pública e terceiros, relação que está sujeita a observância de preceitos legais e cláusulas exorbitantes<sup>11</sup> relacionadas a permanência de vínculo e condições que tenham como norte a observância do interesse público.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Conforme disposto na legislação, lei nº 8.666/93, no âmbito dos contratos administrativos o poder público poderá se utilizar das cláusulas exorbitantes como forma de garantir o interesse público, assim, ele poderá, por exemplo: alterar de forma unilateral o contrato (art.65, I da lei 8666); rescisão unilateral do contrato (art.58,II, c/c arts. 78 e 79, I), fiscalização do cumprimento do contrato, aplicar sanções em caso de descumprimento contratual; ocupação provisória; mitigação da aplicação da teoria da exceção de contrato não cumprido (art.78, XV da li 8.666/93). MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. ed. 7ª, Niterói: Impetus, 2013, p.472 – 473.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, ed. 28ª, São Paulo: Malheiros Editores, p.627.





Importa destacar a diferença entre interesse público primário e secundário, enquanto o primeiro está relacionado a soma dos interesses individuais das pessoas que compõem determinada sociedade, o interesse público secundário está relacionado a aos anseios do Estado enquanto pessoa jurídica, assim, o interesse secundário será legítimo, apenas quando este não se contrapor ao interesse público primário, assim, no caso dos contratos administrativos, o interesse público primário está relacionado a importância dos materiais de saúde para que cada indivíduo possa ser atendido pelo sistema público de saúde em caso de contaminação decorrente da COVID-19, este legitima o interesse público secundário do Estado na celebração de contratos de compra e venda para fins de atender as necessidades do sistema público de saúde, contudo, este interesse não pode vir desassociado do princípio da eficiência administrativa disposto no art.37 da CF/88, afinal o respeito ao erário público representa um dos interesses públicos primários.

Os contratos administrativos que observam o regime jurídico de direito público, aplicam os princípios do direito contratual e do direito privado apenas de forma supletiva, para que seja possível aplicar os princípios do direito contratual de forma supletiva ao contrato administrativo, será necessário observar as peculiaridades do contrato administrativo, sobretudo a preservação do interesse público em contraposição a autonomia privada que, tão marcante no modelo de contratual privado.

Todavia, considerando a ineficácia das medidas previstas em lei voltadas a preservação do interesse público nos contratos administrativos, sobretudo naqueles que possuem como finalidade a compra de insumos para atendimento da demanda do SUS, a aplicação do instituto da função social dos contratos se revela como instrumento de fundamental importância na tutela do interesse público, na medida em que ele exige da empresa contratada a adoção de práticas empresariais baseadas na ética empresarial e no sistema normativo como um todo, determinada por aquelas empresas que adotam e cumpram os seus respectivos programas de *compliance*.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> O tema relacionado ao *compliance* será devidamente aprofundado no capítulo três deste trabalho.





Ainda que a preservação do interesse público seja um valor a ser observado nos contratos administrativos, estas relações contratuais devem, também, observar a eficiência<sup>14</sup> da administração pública como forma de preservar o interesse público, assim, como forma de garantir maior eficiência econômica nas relações contratuais, o contrato administrativo deve observar a sua causa geral própria, ou seja, a finalidade para a qual ele fora celebrado, no caso, compra e venda de materiais de saúde, por exemplo, na medida medida em que o contrato deve ser analisado sob ótica da formalização jurídica de uma operações econômica:

[...] disse-se que o contrato é uma operação econômica, realizada através da produção de efeitos jurídicos: estes consistem no fato de uma pessoa dar qualquer coisa à outra pessoa, transferindo-lhe um seu direito, ou de uma pessoa prometer qualquer coisa a uma outra pessoa, vinculando-se juridicamente a executar uma prestação a favor desta. [...] evidentemente, por duas razões possíveis, alternativas entre si: ou porque – movido por impulsos de generosidade e altruísmo – deseja beneficiar a contraparte; ou então porque – e é o que acontece na grande maioria dos casos – se espera qualquer coisa em troca da contraparte: o nosso operador dá ou promete à outra parte, porque esta é a condição com a qual pode conseguir que a contraparte dê ou prometa aquilo em que está interessado; ele dá para receber, na lógica da troca econômica. [...] dizer-se que a causa consiste na troca entre as prestações contratuais a que as partes se obrigaram reciprocamente, entre a sai, como correspectivo, é dado ou prometido pela contraparte. Por outras palavras, a transferência de riqueza efetuada por cada uma das partes a favor da outra encontra causa – razão, justificação, explicação aos olhos tanto dos contraentes como do ordenamento jurídico – na transferência de riqueza que a outra parte efetua a favor da primeira, e o contrato no seu conjunto encontra causa na combinação e na relação entre as duas transferências de riqueza – em definitivo, na troca. Mas a relação e a combinação entre as duas transferências de riqueza – a troca, justamente – mais não é que a operação econômica a qual o contrato dá veste e força legal. A causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a operação jurídico-econômica realizada tipicamente por cada contrato, com o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que tipicamente, dele derivam, com a sua função econômico-social, como frequentemente se diz. Causa de qualquer compra e venda é, assim, a troca da coisa pelo preço [...]<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. 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:

<sup>15</sup> ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Edições Almedina S.A., tradução Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes, 2009, p. 195-197.





O contrato administrativo, portanto, deve preservar o interesse público sem olvidar dos interesses relacionados a operações econômicas que o contrato representa, esta espécie contratual além de possuir peculiaridades, por exemplo, cláusulas exorbitantes, que aumentam os custos de transação, também possibilitam a aplicação supletiva dos princípios do direito contratual privado, por exemplo, a função social dos contratos, o que neste último caso pode vir a representar um importante instrumento na conjugação do interesse público através da eficiência econômica e a causa geral própria dos contratos.

O art.421<sup>16</sup> do Código Civil brasileiro faz referência a função social dos contratos, contudo, recentemente este dispositivo sofreu uma alteração legislativa promovida pela lei nº 13.874/2019, também conhecida como lei da liberdade econômica, embora não seja objeto de estudo deste trabalho, cumpre ressaltar que as contribuições que a alteração legislativa promoveram no referido dispositivo legal trouxeram ganhos relacionados a previsibilidade normativa, fator essencial se considerarmos a vagueza semântica do dispositivo e a sua consequente possibilidade de interpretação das mais variadas formas possíveis.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>17</sup> Analisando a redação do dispositivo constante no art.421 do CCB, a doutrina apresentava questionamentos relacionados, sobretudo, a utilização da expressão “liberdade de contratar” e não “liberdade contratual”, sobre este tema José Tadeus Neves Xavier dispõe: “Note-se a exata dicção do texto legislativo, estabelecendo que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social. Ao colocar a questão nestes termos, o codificador inseriu a função social como algo imanente ao exercício legítimo da liberdade contratual e não como um a situação de eventual; restrição da liberdade negocial. O legislador civilista consagra a noção de função social do contrato também em relação aos pactos firmados anteriormente a vigência do Código Civil atual, estabelecendo, no parágrafo único de seu artigo 2045, regra no sentido de que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos para assegurar a função social do contrato. Percebe-se, aqui, a relevância que este postulado ganha no contexto da atual teoria dos contratos, sendo colocado expressamente como ‘preceito de ordem pública’. Em síntese, a função social do contrato não deve ser tratada apenas como uma mera restrição à liberdade de contratar, mas, sim, de uma orientação sobre como contratar.” XAVIER, José Tadeus Neves. A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade. 2006. 338 f. Trabalho de Conclusão de Curso Doutorado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p.192.





O Código Civil brasileiro de 2002 inaugura o modelo solidarista de contrato<sup>18</sup> diferente do Código Civil de 1916 que apregoava a importância da proteção da manifestação de vontade das partes expressas no momento da celebração do contrato:

A ideia-força do contrato, tal como o recebemos do passado e tal como sobreviveu no Código Civil de 1916, é o individualismo liberal. O contrato, segundo a concepção tradicional, é o resultado de um acordo de vontades. É o *bis in idem placitum consensus*. E sendo acordo de vontades, é inspirado na noção fundamental da liberdade de contratar. Daí vem a sua força obrigatória, que o Código Napoleão enfaticamente enuncia no art. 1.134: '*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*'. Daí também a convicção de que a filosofia contratualista enuncia como verdade apodíctica: sendo inspirado no acordo das vontades, e sendo expressão do querer dos contratantes, não se poderia admitir que as vontades livres pudessem estipular uma avença que atentasse contra o princípio imanente de justiça. E, então, o jurista de século XIX afirmava, e o do começo do século XX repetia: 'Quem diz contratual diz justo'. [...]. Ao jurista do século XIX não acudia a resolução por onerosidade excessiva ou a rescisão do contrato celebrado em caso de perigo. Foi preciso todo o desenvolvimento do direito contratual do século XX para que tais figuras passassem a ser reconhecidas e inclusive introduzidas no direito positivo no Código Civil de 2002. Não se aceitava a viabilidade de uma intromissão inspirada no princípio da justiça comutativa.<sup>19</sup>

O modelo solidarista<sup>20</sup> é marcada pela necessidade de analisar a manifestação de vontade das partes à luz de todo o sistema normativo, assim, fenômenos como a publicização do direito e posteriormente a constitucionalização do direito civil permitem a superação da dicotomia entre Direito Público e Privado, uma vez que as normas de direito civil cedem espaço para os interesses sociais, de forma que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição.

<sup>18</sup> Em contraposição ao modelo anterior de contrato, também, chamado de modelo individualista de contrato, que deva maior ênfase ao respeito a autonomia da vontade das partes contratantes.

<sup>19</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.532.

<sup>20</sup> Quanto aos fatores que levaram ao surgimento do modelo solidarista de contrato, Luciano Benetti Timm aduz: "[...] no modelo solidarista, os institutos jurídicos sofreram uma 'institucionalização social'. Tudo isso a fim de promover uma diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas no seio da sociedade, restabelecendo a necessária cooperação entre os indivíduos integrantes do mesmo grupo social. Dito em outras palavras, seria um modelo jurídico cujo ideal contemplaria a recuperação do equilíbrio e da justiça nas relações e nas trocas interindividuais [...]". TIMM, Luciano Benetti. Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.110.





O instrumento que o modelo solidarista de contrato utiliza a fim de cumprir o seu intento de garantir a observância do interesse da coletividade<sup>21</sup> será através da hermenêutica contratual, de forma que esta ganha maior relevo na medida em que o novo diploma legal civilista estabelece diversas normas contratuais que adotam técnica legislativa das cláusulas gerais<sup>22</sup>

Por essa abertura ao ambiente – através de “cláusulas gerais” – o modelo solidarista é caracterizado por uma maior “vagueza semântica” das normas jurídicas, justamente para dar um significativo espaço normativo ao juiz, a fim de resolver os conflitos sociais cada vez mais complexos, diante de uma sociedade mais especializada e funcionalizada. É, portanto, a “cláusula geral” que ensejará que as normas jurídicas não se engessem com o passar do tempo, assim, trocasse a precisão dogmática da escola da exegese e da “jurisprudência dos conceitos” pela fluidez casuística das decisões judiciais implementadoras de cláusulas gerais (somente executáveis por meio da racionalidade material). Nesse ponto, há uma visível “abertura” do sistema jurídico. Com isso é natural que o Poder Judiciário assumira um papel até então não desempenhado, como mandatário da ordem jurídica para fazer concretizar a norma legal no julgamento dos casos que lhe forem submetidos.<sup>23</sup>

A função social dos contratos<sup>24</sup>, prevista no art. 421 do Código Civil é um exemplo destas cláusulas gerais, se por um lado a indeterminação do direito estabelecida através

<sup>21</sup> Interesse público primário.

<sup>22</sup> Embora a utilização de cláusulas gerais seja uma inovação trazida pelo modelo solidarista dos contratos, portanto, um instrumento relacionado a transformação social e a busca pelo tratamento isonômico das partes contratantes, importa ressaltar que a adoção das cláusulas gerais é um fenômeno que transcende seja o modelo solidarista de contrato ou o Estado Social, de forma que é possível sustentar que as cláusulas gerais tendem a permitir uma maior eficiência econômica, neste sentido Bitencourt Nóbrega leciona: “[...] um sistema baseado preferencialmente em *standards*, cláusulas gerais e normas jurídicas mais vagas e abertas é vantajoso quando há grande quantidade de juízes bem treinados com qualificação especializada, pois estando mais próximo do problema e com melhores informações sobre as circunstâncias do caso, os juízes poderão aplicar o direito eficientemente.” NÓBREGA, Flaviane Fernanda Bitencourt. Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em *Standards*: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*. v.3, nº 2, p.170-188, Jul-Dez, 2012, p.177.

<sup>23</sup> TIMM, Luciano Benetti. Op. Cit., p.118.

<sup>24</sup> “O princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social. O contrato pode ser expressão da liberdade e pode ser também da desigualdade e da exploração dos vulneráveis. A justiça social não se satisfaz sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida ‘conforme os ditames da justiça social’ (art.170 da Constituição). Conformidade não significa apenas limitação externa, mas orientação dos contratos a tais fins. Em outras palavras, a atividade econômica é livre, no Brasil, mas deve





da redação de dispositivos legais possuem extrema vagueza semântica tendem a gerar maior imprevisibilidade normativa, aumentando com isso a insegurança jurídica e a previsibilidade comportamental, por outro lado, as cláusulas gerais podem ser consideradas como um importante instrumento a fim de harmonizar os diferentes interesses que regem um contrato

Um direito funcional de conflitos exige, portanto, mecanismo internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais, entre as ordens quasi-jurídicas de esferas sociais semiautônomas, e entre os vários sectores internos do sistema jurídico. Um exemplo paradigmático desses mecanismos podemos encontrá-lo porventura nas conhecidas cláusulas gerais do direito privado (“boa-fé”, “interesse público”). Na verdade, ainda que outra tivesse sido a sua intenção originária, o elevado grau de abertura e indeterminação dessas cláusulas torna-as particularmente apropriadas ao tratamento dos conflitos entre esferas sociais autônomas, tenda esta inflexão de função sido já considerada como um exemplo de “materialização do direito privado”. Esta mutação funcional fundamental, em que “o respeito da lei e do contrato” aparece substituído por um “poder jurisprudencial regulatório, controlador e proteccionista”, foi mesmo descrito [...] como constituindo um “intervencionismo judicial sem freio.”<sup>25</sup>

Esta sociedade complexa, exige um conjunto de normas que garantam abertura semântica, assim, o contrato já não pode mais ser compreendido de forma restrita ao resultado do consenso de vontades das partes, antes, o contrato deve ser entendido como uma “relação social juridificada”<sup>26</sup> a fim de abarcar, inclusive, os elementos não-consensuais do contrato.

[...] os “elementos não-consensuais do contrato”, de que falava Durkheim, não constituem afinal senão a reconstrução interna das diversas exigências do meio envolvente social no próprio contrato concreto. Tais exigências surgem no próprio contrato concreto. Tais exigências surgem assim como estruturas de expectativas do “sistema contratual”, em três níveis diferentes da sua formação: 1) ao nível das relações pessoais entre as partes contratantes (nível de interação); 2) ao nível do mercado e da organização, para lá do mero contrato individual (nível institucional); 3) ao nível da interrelação entre os grandes subsistemas sociais, como “política”, “economia” e “direito” (nível societário).

---

ser orientada para a realização da justiça social. É neste quadro amplo que se insere o princípio da função social dos contratos.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.68.

<sup>25</sup> TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.231.

<sup>26</sup> Ibid. p.236.





Estes níveis devem ser entendidos não como patamares hierárquicos, mas antes como modos distintos de desenvolvimento do sistema tornados gradualmente independentes uns dos outros, que encontram no contrato, a que todos estão ligados, uma espécie de ponto comum.<sup>27</sup> (TEUBNER, 1989, p. 236).

Assim, a função social dos contratos enquanto elemento de promoção da justiça social é um importante instrumento de aplicação nos contratos administrativos, sobretudo nos contratos de compra e venda de materiais de saúde voltados ao atendimento de políticas públicas de saúde, uma vez que a sua aplicação objetiva conjugar o interesse público primário relacionada a eficiência administrativa com a causa geral própria dos contratos administrativos de compra e venda de materiais de saúde, importa ressaltar que no âmbito do direito contratual “[...] a causa coliga o negócio ao mercado, a praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte [...]”.<sup>28</sup>

Essa previsibilidade de comportamentos deve fazer parte do raciocínio jurídico do hermeneuta contratual, de forma que, a análise dos contratos administrativos sem observância da sua causa geral própria termina por causar irritações jurídicas e impactos econômicos negativos, estes decorrentes principalmente da elevação dos custos de transação, na sociedade em que o contrato está inserido, em virtude do aumento da insegurança jurídica e da imprevisibilidade de comportamento.

A imprevisibilidade do comportamento dos empresários que celebram contratos com a administração pública se comprometendo com a venda e entrega de produtos de saúde no momento de pandemia é um fator determinante para avaliar o grau de eficiência econômica e administrativa dos contratos, eficiência que está trelada ao custo de transação, de forma que importa as Instituições promoverem a construção de capital social<sup>29</sup> como forma de tornar ainda mais eficientes as operações contratuais

<sup>27</sup> Ibid., p.236.

<sup>28</sup> FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.221.

<sup>29</sup> O capital social é uma capacidade que decorre da prevalência de confiança numa sociedade ou em certas partes dessa sociedade. Pode estar incorporada no menor e mais fundamental grupo social, a família, assim como no maior de todos os grupos, a nação, e em todos os demais grupos intermediários. [...] embora contratos e auto-interesse sejam fontes importantes de associação, as organizações mais eficientes são baseadas em comunidades de valores éticos compartilhados. Essas comunidades não







Os custos de transação nas relações contratuais podem ser definidos como “*The ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding na adreemente and, more especially, the ex post costs of maladaptation adn adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances.*”<sup>3031</sup>

A elevação dos custos de transação decorrente da imprevisibilidade jurídica e comportamental decorre, também, da observância da causa geral própria dos contratos, as instituições ao interpretarem o contrato administrativo devem papel fundamental na redução destes custos:

Instituições existem para minorar os custos de transação envolvidos nas relações de troca. Os custos de transação serão minorados em razão inversa à força das instituições onde se realizam as transações. Depreende-se de tal disposição que ambientes institucionais pouco estruturados estimularão a existência de trocas muito simples. Para que haja trocas complexas, todavia, serão necessários mecanismos institucionais que induzam as partes a transacionarem, mantendo-se mais protegidas do oportunismo, incompletude dos contratos, direitos de propriedade mal definidos e outros custos de transação. [...] os custos de transação representam especialmente os custos incorridos no processo de garantir a exequoriedade dos contratos. A instituição cuja força será determinante para o estímulo ou desestímulo de tais transações, [...] é o Poder Judiciário (BERTRAN, 2008, p. 97).

A causa dos contratos representam maior previsibilidade no comportamento das partes, possibilitando a construção de um ambiente negocial, noutras palavras, mercado, em que as partes sejam estimuladas a cumprirem as obrigações contratuais, em virtude do aumento dos ganhos econômicos.

---

requerem contratos e medidas legais extensivos apara a salvaguarda de suas relações, porque um consenso moral prévio dá aos membros do grupo uma base para a confiança mútua. FUKUYAMA, Francis. *Confiança: As virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução: Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p.41.

<sup>30</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p.379.

<sup>31</sup> Tradução livre: “os custos *ex ante* de rascunhar, negociar e salvaguardar um acordo e, especialmente, os custos *ex post* decorridos de má adaptação e necessidade de ajustamento, emergentes das ocasiões em que a execução contratual é comprometida por lacunas, erros, omissões e perturbações não preditíveis”.





Ora, a necessidade de analisar a causa geral própria dos contratos administrativos de compra de materiais de saúde decorre é permitida através da aplicação supletiva da função social dos contratos nestas relações contratuais, conseqüentemente haverá possibilidade de conjugar nestas relações o interesse público e a eficiência econômica e administrativa aumentando com isso a previsibilidade comportamental das partes e reduzindo o custo de transação.

Assim, as práticas empresariais decorrentes da adoção de um programa de *compliance* permitem o aumento da previsibilidade comportamento do empresário contratado, bem como a observância dos elementos não-consensuais no momento da celebração e execução dos contratos administrativos, impactando diretamente na eficiência econômica e administrativa, e no interesse público decorrente da eficácia das políticas de saúde pública no combate a pandemia, contudo, esta análise será possível apenas através da aplicação da função social dos contratos administrativos de fornecimento de insumos de saúde.

A fim de analisar os impactos que um programa de *compliance* possui nos contratos administrativos de fornecimento de materiais de saúde, concretizando com isso a função social dos contratos, o próximo capítulo apresentará a previsibilidade comportamental do empresariado que adota e observa práticas éticas fixadas no programa de integridade e a correlação destas práticas com a eficiência dos contratos administrativos de fornecimento de materiais de saúde para o combate a pandemia.

### 3. O PROGRAMA DE COMPLIANCE E A MITIGAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DECORRENTES DA PREVISIBILIDADE DE COMPORTAMENTO

A análise do instituto da função social dos contratos realizada no capítulo anterior nos permite observar o grau de eficiência que este instituto pode representar nos contratos administrativos, sobretudo nos contratos de compra e venda de produtos de saúde para o combate da pandemia da COVID-19, na medida em que ele apresenta os





elementos não-consensuais do contrato, mas que permeiam a sociedade na qual o contrato produzirá os seus efeitos, possibilitando com isso uma maior previsibilidade comportamental das partes contratantes, reduzindo os custos de transação e impactando positivamente no grau de eficiência econômica dos contratos, tudo isso sem olvidar da preservação do interesse público.

Assim, importa neste momento estudar os impactos que um programa de *compliance* poderá representar nas relações contratuais, na medida em que a exigência de comportamentos baseados na ética empresarial e observância do sistema normativo como um todo no momento da celebração e execução dos contratos administrativos.

É imprescindível associar as atribuições e características de um programa de *compliance* ao que nos ensina as regras de governança corporativa, da qual aquele pode ser considerado como um dos seus elementos. Utilizaremos o conceito de governança do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)<sup>32</sup>, que assim o define:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.<sup>33</sup>

Considerando tal premissa, impende-nos inferir que há mecanismos legais e infralegais que determinam a direção e o caminho que será trilhado por uma determinada empresa na condução dos seus negócios, especialmente conquanto às obrigações assumidas perante a sociedade civil, e no contexto apresentado, em especial nas contratações com órgãos públicos para atender demandas de produtos de saúde que auxiliam no combate à pandemia da COVID-19.

---

<sup>32</sup> O IBGC é uma organização exclusivamente dedicada à promoção da governança corporativa no Brasil e o principal fomentador das práticas e discussões sobre o tema no Brasil, tendo alcançado reconhecimento nacional e internacional, cujo propósito é ser referência em governança corporativa, contribuindo para o desempenho sustentável das organizações e influenciando os agentes de nossa sociedade no sentido de maior transparência, justiça e responsabilidade.

<sup>33</sup> Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015. p. 20.





A compreensão acerca da governança corporativa para a gestão de empresas é relativamente nova, especialmente no Brasil, uma vez que ainda não há uma legislação específica a cuidar do tema, embora a Lei nº 6.404/1976 e suas alterações posteriores, conhecida popularmente como a Lei das Sociedades Anônimas, traga várias diretrizes que norteiam conceitos e institutos da governança corporativa.

Numa perspectiva global a norma de maior destaque é a Sarbanes-Oxley Act 2002<sup>34</sup> (SOX), lei norte-americana que estipula os conceitos e diretrizes de governança corporativa e práticas financeiras, que foi aprovada após vários escândalos de corrupção em empresas norte-americanas, que culminaram com a redução de credibilidade para investimentos naquele país, por exemplo, da Enron<sup>35</sup> e da Tyco.<sup>36</sup>

A SOX traz em seu escopo quatro princípios que norteiam a governança corporativa, sendo o primeiro deles o *compliance*, que é o foco do presente estudo, e que será devidamente abordado mais adiante, *accountability*, que pode ser entendida como a necessidade de prestar contas, *disclosure*, que é a necessidade de transparência, e *fairness*, que pode ser entendido como senso de justiça. Tais princípios também são estabelecidos pelo IBGC dentro do seu Código de Melhores Práticas, especificamente, a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa.<sup>37</sup>

A importância de se conceituar a governança corporativa, seus princípios, requisitos, dentre outras características reside no fato de que um programa de

<sup>34</sup> Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763/text>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

<sup>35</sup> Empresa sediada nos EUA, do ramo de energia que faliu em razão de várias fraudes cometidas pelos seus executivos, c.f. AGÊNCIA ESTADO. O Escândalo Enron – saiba o que está acontecendo. Estadão. São Paulo, SP, 07 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-escandalo-da-enron-saiba-o-que-esta-acontecendo,20020207p24521>>. Acesso em 18 de maio de 2020.

<sup>36</sup> Fábrica de equipamentos eletrônicos e suprimentos médicos, e que teve seus executivos presos por envolverem-se em corrupção e fraudes. C.f. ALBUQUERQUE, VINICIUS. Ex-executivo da Tyco é condenado a até 25 anos de prisão nos EUA. Folha de São Paulo. São Paulo, SP, 19 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u100495.shtml>>. Acesso em 18 mai. 2020.

<sup>37</sup> Brandi, Guilherme Touriño. *Compliance e a sua indispensabilidade para as empresas no Brasil de hoje - Monografia (LLM – Legal Law Master) Programa de Pós-graduação em Direito. INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2017. Disponível em: <[http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1670/GUILHERME%20TOURI%c3%91O%20B\\_RANDI\\_Trabalho.pdf?sequence=1](http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1670/GUILHERME%20TOURI%c3%91O%20B_RANDI_Trabalho.pdf?sequence=1)> Acesso em 10 de maio de 2020.*





*compliance* efetivo depende do exercício de uma governança mínima na condução dos negócios de uma empresa, e a pensar especialmente no momento em que estamos vivenciando, da crise deflagrada pela pandemia da COVID-19, às empresas, especialmente aquelas que celebram negócios com a administração pública, ter mecanismos de governança e um programa de *compliance* efetivos contribui para que a corrupção e fraudes em tais contratações sejam mitigadas.

Devidamente ressaltado o conceito de governança corporativa, imperioso tratar nesse instante do conceito do *compliance*, e considerando a profusão de conceitos existentes, é inegável a sua origem do verbo em inglês, *to comply*, que não possui para a língua portuguesa uma tradução literal correspondente, e mesmo as palavras que mais se assemelhem ao seu real significado podem deixar escapar em algum momento o seu real sentido, portanto, comumente podemos conceituar o termo *compliance* como cumprir um mandamento, regra ou lei, ou agir de acordo com determinada diretriz.<sup>38</sup>

Numa perspectiva empresarial o *compliance* refere-se a estar adimplente com as normas externas à instituição, tais como leis, decretos, resoluções de agências reguladoras, dentre outras normas de caráter externo à instituição empresarial, e também adimplente com as normas e estatutos internos, desenvolvidos em correspondência com a cultura e valores de determinada empresa, e para além do simples cumprimento de normas externas e internas, o *compliance* pode contribuir para o desenvolvimento de um ambiente empresarial ético, transparente, honesto e íntegro, que, com certeza poderá transpor os limites da vida corporativa afetando a vida cotidiana das pessoas.<sup>39</sup>

Considerando tais premissas, de estar em conformidade com as normas, sejam elas externas ou internas, surgem os departamentos de *compliance* dentro das empresas, que devem contar com pessoas habilitadas e capacitadas para o desenvolvimento das atividades inerentes a tal área, que tem como principal escopo a proteção da empresa e das pessoas que a integra, orientando e fazendo com que os princípios e normas sejam devidamente cumpridos, cabendo também à área a fiscalização e monitoramento da

<sup>38</sup> Giovanini, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. 1ª edição. São Paulo. 2014. p. 20.

<sup>39</sup> Idem. *Compliance: a excelência na prática*. 1ª edição. São Paulo. 2014. p. 20.





aderência das pessoas às diretrizes do programa de *compliance*, bem como respondendo de forma correta e adequada quando forem identificadas inconformidades.

A observância destas normas externas e internas correspondem aos elementos não-consensuais decorrentes da função social dos contrato e que estão envolvidos na sociedade na qual o contrato produzirá os seus efeitos, estas normas objetivam principalmente reduzir o grau de imprevisibilidade comportamental das partes no momento da celebração dos contratos, inclusive, dos contratos administrativos.

Ao pensar no cenário legal nacional, a última década nos trouxe uma gama de leis que tem como enfoque o combate à corrupção e fraudes, como a lei da defesa da livre concorrência (Lei nº 12.529/2011), os novos dispositivos da lei de prevenção à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998 alterada pela Lei nº 12.683/2012), legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.420/2015), e no cenário internacional as já conhecidas *Foreign Corrupt Practice Act 1977*, lei norte-americana que estabelece sanções a empresas que pratiquem atos de corrupção fora do território norte-americano, desde que transacionem em dólar ou a empresa seja norte-americana ou tenha alguma participação de norte-americano, bem como a *UK Bribery Act 2010*, que é a lei britânica que estabelece as diretrizes contra corrupção, inclusive prevendo a prisão de autores de corrupção na seara privada.

Tais leis geralmente ditam o principal do foco de um programa de *compliance*, que é o combate à corrupção, seja no sentido empregado pelo Código Penal brasileiro, que exige a participação de um agente ou funcionário público, ou no sentido mais comum da palavra, que abrange a corrupção cometida entre particulares, que de igual modo pode trazer prejuízos às empresas, conforme apontou estudo da ONU em que afirma que o Brasil perde por ano com corrupção o montante aproximado de R\$ 200.000.000.000,00 (duzentos bilhões de reais).<sup>40</sup> O fato é que o combate à corrupção nas áreas mencionadas anteriormente não satisfazem a integralidade que deve cumprir um programa de *compliance*, que também deve ter preocupações com regras e normas

---

<sup>40</sup> Leopoldo, Ricardo. Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. ISTOÉ. São Paulo. 2017. Fev. 2017. Disponível em: < <https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/> > Acesso em 27 de maio de 2020.





trabalhistas, tributárias, administrativas, fiscais, regulatórias, e todas as normas pertinentes ao exercício empresarial no Brasil.

De tal sorte, citamos anteriormente a existência do Decreto nº 8.420/2015, que tem por objetivo regulamentar a aplicabilidade da Lei nº 12.846/2013, e tal decreto estabelece em seus artigos 41 e 42 que para empresas que realizam negócios com a administração pública, no caso de cometerem alguma das irregularidades previstas na legislação em escopo, possuir um programa de integridade, ou programa de *compliance* efetivo, pode ensejar na atenuação das sanções a que estaria exposta tal empresa, e tal atenuante por si só já seria um atrativo para que as empresas que contratam com a administração pública implementarem um programa de *compliance*, especialmente nas contratações emergenciais que tem como foco o enfrentamento à crise no sistema de saúde pública causada pela pandemia da COVID-19.

As normas mencionadas no parágrafo anterior, em conjunto com as diretrizes traçadas pelo IBGC revelam a sistemática de um programa de *compliance*, que pode ser entendida através de três premissas básicas, que são: prevenção, detecção e resposta. Entretanto, em um momento anterior à implementação de tais premissas que constituem a sistemática do programa, é um requisito imprescindível que haja o suporte da alta direção da empresa, em casos de empresas de grande porte, e no caso de pequenas e médias empresas, ou mesmo empresas familiares, os sócios-administradores, figuras bastante comuns, devem ser os responsáveis por suportarem a criação e implementação do programa, é necessário a destinação de orçamento próprio, contratação ou capacitação de profissional habilitado, sendo-lhe garantida a autonomia necessária para implementação do programa com todos os seus requisitos.<sup>41</sup>

Considerando as premissas da sistemática de um programa de *compliance*, a primeira delas é a prevenção, que pode ser facilmente entendida como o ato de prevenir, tanto colaboradores, quanto terceiros, acerca dos compromissos, normas e regras que devem ser seguidas na execução das funções ou serviços sob a responsabilidade de

---

<sup>41</sup> Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Compliance à luz da governança corporativa*. São Paulo, SP : IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). p. 32. Disponível em: < <file:///C:/Users/glayd/Desktop/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf> > Acesso em 29 de maio de 2020.



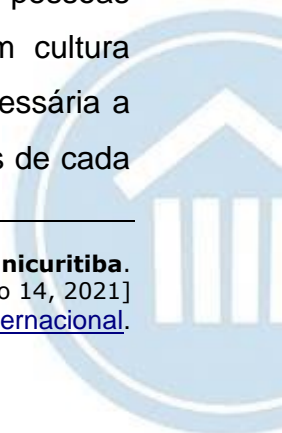


cada um, ou seja, de maneira prática, é apresentar aos interessados as regras do jogo. E antes de apresentar as regras do jogo é necessário a própria empresa conheça muito bem o ambiente complexo que é o mundo dos negócios, sendo necessário avaliar a quais riscos está exposta, para que possa então gerenciar tais riscos, seja mitigando-os ou eliminando-os quando possível.

Conhecendo, portanto, os principais riscos aos quais está submetida a empresa, é possível então desenvolver o seu código de ética ou conduta, que deverá conter as principais diretrizes da empresa, quais os seus objetivos, como desenvolve os seus negócios, prestar através de tal documento as declarações que se fizerem pertinentes, tais como o comprometimento contra a corrupção, apoiar a livre mercado, dentre outras premissas, e de forma mais específica tratar acerca do que se espera de um colaborador ou mesmo de um terceiro, bem como ostentar as principais proibições e restrições aplicáveis no exercício das funções, devendo ser este documento amplamente divulgado e difundido.

Além do código de ética ou conduta, há outras maneiras de se realizar a prevenção com relação às práticas permitidas e proibidas, que são as políticas e procedimentos empresariais, cujo principal objetivo é padronizar as ações, com vistas a obtenção de um resultado previsível, e aqui podemos listar algumas políticas ou procedimentos que geralmente integram um programa de *compliance*: política anticorrupção, política antitruste ou da livre concorrência, gestão de crises, gestão de consequências, e no caso de empresas que contratam de forma regular com a administração pública, política de contratação com a administração pública, especialmente no momento de crise que atravessamos, onde estão sendo realizadas várias compras emergenciais.

Neste mesmo sentido, é imprescindível, como vimos, que haja a documentação das diretrizes através do código de ética ou conduta, políticas e procedimentos, entretanto, apenas a elaboração de tais documentos e a colheita no termo de aceite das pessoas interessadas podem ser insuficientes para que tais paradigmas se tornem cultura empresarial e a prática diária dos funcionários e demais terceiros, sendo necessária a realização de treinamentos personalizados, que visem disseminar as diretrizes de cada







um desses documentos, é necessário também uma comunicação assertiva sobre tais temas, de modo a comunicar sem ruídos quais são tais diretrizes.

Sobre a segunda premissa de um programa de *compliance* considerado efetivo, a detecção, é de igual modo imprescindível, uma vez que não é possível contar com a plena e total assunção das pessoas em cumprirem de forma integral todas as diretrizes do programa, e eventuais inconformidades e irregularidades fazem parte do processo, e precisam ser detectadas, identificadas.

Ao utilizarmos como pano de fundo o atual cenário de crise, alguns fatos chamaram atenção em relação às compras de respiradores mecânicos, em alguns casos de empresas brasileiras que importavam o produto da China, e em outros casos, os próprios governos realizaram a importação direta, e em ambos os casos, não receberam os equipamentos em sua totalidade, ou receberam em um quantitativo inferior ao que fora comprado, e o que mais chama atenção, é que o preço firmado já havia sido pago.<sup>4243</sup>

Os fatos constatados na atualidade corroboram com a necessidade de implantação de uma das ferramentas que integram a premissa da detecção, denominada de *due diligence*, trata-se na verdade de uma checagem prévia acerca da empresa ou pessoa que se está buscando contratar, e nos casos mencionados, essa checagem prévia poderia ajudar a identificar algumas irregularidades anteriores cometidas por tais empresas, e que sugeririam a sua não contratação como decorrência lógica.

Outra ferramenta utilizada para detecção, que deve ser ampla e irrestritamente divulgada no escopo de um programa de *compliance* é um canal de denúncias, que deve ser disponibilizado para que colaboradores e terceiros externos à instituição possam fazer denúncias e relatos de irregularidades ou inconformidades.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> PAGNAM, Rogério. RODRIGUES, Artur. Governo Doria pagou R\$ 242 mi antecipados por respiradores chineses atrasados. FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo. Maio. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/doria-pagou-r-242-mi-antecipados-por-respiradores-chineses-atrasados.shtml>> Acesso em 29 de maio de 2020.

<sup>43</sup> GRILLO, Marco. MELLO, Bernardo. A pandemia como brecha para a corrupção no Brasil. EPOCA. São Paulo. Maio. 2020. Disponível em: < <https://epoca.globo.com/brasil/a-pandemia-como-brecha-para-corrupcao-no-brasil-1-24427569/>> Acesso em 29 de maio de 2020.

<sup>44</sup> Acerca do canal de denúncias, é importante que tal dispositivo seja gerido por uma instituição externa, em geral, a contratação de uma empresa especializada em prover tal canal, de modo a não sofrer qualquer ingerência por parte de qualquer pessoa interna à instituição, em relação ao denunciante, também se





Necessário observar ainda que o programa de *compliance* exige das empresas a realização de auditorias constantes nos processos elaborados a fim de avaliar a integridade do programa.

Importa esclarecer que não é objetivo do presente estudo esgotar todas as práticas de um programa de *compliance*, a implementação e existência de um programa de *compliance* efetivo poderá proporcionar uma vantagem competitiva, tanto do ponto de vista da empresa ao contratar com a administração pública, na medida em que estabelece a atuação empresarial dentro dos limites legais minorando eventual risco de acusações ou sanções futuras em virtude de desvios de recursos públicos que poderão representar danos ao erário público, mas principalmente a imagem e ao patrimônio da empresa contratada.

Por outro lado, a administração pública ao contratar com empresas que possuem um programa de *compliance* efetivo, terá uma maior garantia quanto ao cumprimento das obrigações assumidas, previsibilidade de comportamento e menor risco de custo de transação.

A previsibilidade de comportamento decorrente das práticas de *compliance* permitem a redução os custos de transação das compras públicas realizadas no enfrentamento da crise causada pela pandemia da COVID-19, conseqüentemente há o impacto positivo na eficiência administrativa no momento da execução das políticas públicas de saúde.

---

recomenda que seja garantido o anonimato do denunciante, além de ser recomendável deixar o canal disponível para acesso através de *sites*, telefone, *e-mail*, em horários que ultrapassem a jornada normal de trabalho, de forma a permitir que o denunciante possa realizar o relato de forma livre. Além de tais requisitos, é imprescindível ainda que a alta diretoria da empresa se comprometa em coibir medidas de retaliação ou represália ao denunciante de boa-fé, adotando medidas para tanto, possibilitando que o denunciante tenha acesso direto à alta direção, conselho de administração ou comitê responsável para comunicar qualquer retaliação que tenha sido vítima.

---





## CONCLUSÃO

Embora os contratos administrativos sejam regidos pelo regime jurídico de direito público, neste momento de pandemia decorrente do COVI-19 e de necessidade de materiais de saúde para o atendimento dos pacientes portadores desta enfermidade através do sistema público de saúde se revelaram ineficazes.

Esta ineficácia está atrelada principalmente em virtude do processo de desindustrialização que o Brasil provou a partir da década de 1990, bem como, da lei da oferta e da procura seja do mercado brasileiro ou internacional.

O instituto da função social dos contratos se revela como importante instrumento na busca por garantir eficiência econômica e administrativas nas relações contratuais que tenho como objeto a aquisição de produtos de saúde, na medida em que partindo da análise da causa geral própria, ela permite através do programa de integridade adotado pelas empresas fornecedoras reduzir a imprevisibilidade comportamental e, conseqüentemente, reduzindo os custos de transação.

A eficiência da administração pública guarda relação direta com o respeito ao erário público e a este é observado através da adoção de políticas de *compliance* adotadas pelas empresas fornecedoras dos insumos necessários, de forma que com a concretização das aquisições dos insumos de saúde permitem a concretização do interesse público decorrente da prestação de um serviço de saúde pública adequado ao atendimento dos pacientes com COVID-19.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA ESTADO. O Escândalo Enron – saiba o que está acontecendo. Estadão. São Paulo, SP, 07 de fevereiro de 2002. Disponível em:<<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-escandalo-da-enron-saiba-o-que-esta-acontecendo,20020207p24521>> . Acesso em 18 de maio de 2020.





ALBUQUERQUE, VINICIUS. Ex-executivo da Tyco é condenado a até 25 anos de prisão nos EUA. Folha de São Paulo. São Paulo, SP, 19 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u100495.shtml>>. Acesso em 18 mai. 2020.

BRANDI, Guilherme Touriño. *Compliance e a sua indispensabilidade para as empresas no Brasil de hoje - Monografia (LLM – Legal Law Master) Programa de Pós-graduação em Direito. INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa, 2017. Disponível em: <<http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1670/GUILHERME%20TOURI%20BRANDI%20Trabalho.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 de maio de 2020.*

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

\_\_\_\_\_. Lei no 8.666/1993: licitações e contratos. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). Código civil brasileiro e legislação correlata. 2º ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

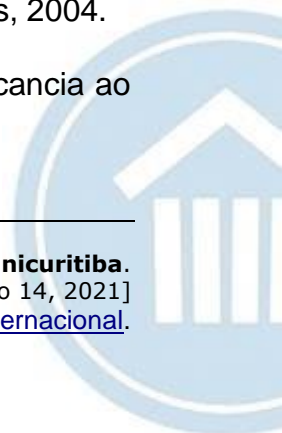
CESÁRIO, Bernardo Bahia; COSTA, Laís Silveira; MALDONADO, José Manuel Santos De Varge; VARGAS, Marcos Antônio. Vulnerabilidade do SUS em relação à variação cambial: análise da dinâmica de importação de medicamentos e equipamentos de saúde entre 1996 e 2014. Saúde em Debate, v. 41, p. 441-456, 2017.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV 1. v. 1 n. 1 p. 173-180, mai. 2005, p.174.*

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Lei Sarbanes-Oxley DE 2002 Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763/text>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.





FUKUYAMA, Francis. *Confiança: As virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução: Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. 1ª edição. São Paulo. 2014.

GRILLO, Marco. MELLO, Bernardo. A pandemia como brecha para a corrupção no Brasil. EPOCA. São Paulo. Maio. 2020. Disponível em: < <https://epoca.globo.com/brasil/a-pandemia-como-brecha-para-corrupcao-no-brasil-1-24427569/>> Acesso em 29 de maio de 2020.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015. p. 20.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Compliance à luz da governança corporativa*. São Paulo, SP : IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). p. 32. Disponível em: < <file:///C:/Users/glyayd/Desktop/Publicacao-IBGC/Orienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>> Acesso em 29 de maio de 2020.

LEOPOLDO, Ricardo. Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. ISTOÉ. São Paulo. 2017. Fev. 2017. Disponível em: < <https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>> Acesso em 27 de maio de 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. ed. 7ª, Niterói: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, ed. 28ª, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

NÓBREGA, Flaviane Fernanda Bitencourt. Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em *Standards*: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*. v.3, nº 2, p.170-188, Jul-Dez, 2012.

PAGNAM, Rogério. RODRIGUES, Artur. Governo Doria pagou R\$ 242 mi antecipados por respiradores chineses atrasados. FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo. Maio. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/doria-pagou-r-242-mi-antecipados-por-respiradores-chineses-atrasados.shtml>> Acesso em 29 de maio de 2020.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.





ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Edições Almedina S.A., tradução Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes, 2009.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIMM, Luciano Benetti. Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

XAVIER, José Tadeus Neves. A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade. 2006. 338 f. Trabalho de Conclusão de Curso Doutorado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. The Mechanisms of Governance. New York: Oxford University Press, 1996.

