

**PROGRAMA DE INTEGRIDADE: INCONSISTÊNCIAS E
POTENCIALIDADES DA EXIGÊNCIA DE UM PROGRAMA DE
INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS A PARTIR DA
NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

***INTEGRITY PROGRAM: INCONSISTENCES AND POTENTIALITIES
OF THE REQUIREMENT OF AN INTEGRITY PROGRAM IN PUBLIC
PROCUREMENT UNDER THE NEW BIDDING AND ADMINISTRATIVE
CONTRACTS LAW***

GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELLO BANDEIRA

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2003). Professor do Departamento de Direito da Escola Superior (Pública) de Gestão do IPCA-Polytechnic University of Cavado and Ave. Investigador Integrado no JusGov-Universidade do Minho.

GRACE LADEIRA GARBACCIO

Doutora em Direito pela Université de Limoges – Reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Université de Limoges. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora do Mestrado em Direito Constitucional e do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

DANIELA MACIEL PEÇANHA SANTANA BARBOSA

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Mestre Profissional em Ciência, Tecnologia e Educação, pela Faculdade Vale do Cricaré, em São Mateus, Espírito Santo. Bacharel em Direito pela Faculdade Vale do Cricaré, em São Mateus, Espírito Santo. Advogada.



Resumo: o artigo abordou o uso do poder de compra do Estado em prol de uma relação negocial íntegra entre os setores público e privado. O objetivo central foi responder a seguinte pergunta: “quais as inconsistências e potencialidades da exigência da implementação de programa de integridade prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos?” Por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, desenvolver-se-á tal estudo científico. Como objetivos específicos temos: conceituar e delimitar a exigência de programa de integridade nas contratações públicas; e identificar e analisar inconsistências e potencialidades do art. 25, § 4º, da referida lei. Identificou-se a função administrativa de fomento na exigência de programa de integridade nas contratações públicas, situando-a como um *nudge*, “empurrão”. Conclui-se que a exigência prevista no art. 25, § 4º, da lei em análise, exige atenção especial quanto à fiscalização da efetividade do programa de integridade; é compatível com o princípio da vantajosidade; poderá representar um ônus considerável para algumas empresas, o que não invalida a sua imposição; poderá beneficiar empresas de maior porte no certame, sendo, contudo, cabível a mitigação dos princípios da livre iniciativa e da livre-concorrência. Não esquecendo um breve nota, ainda que essencial, no contexto do ordenamento jurídico comparado português e europeu.

Metodologia: utilizou-se uma fundamentação doutrinária, associada ao contexto da metodologia de perspectiva quantitativa e qualitativa desde a base com dados disponíveis em centros de pesquisa e estudos acadêmicos, para analisar as visões da sociedade no que diz respeito às contratações públicas desde a nova legislação de licitações e contratos administrativos.

Resultados: refletiu-se a nova legislação de licitações e contratos administrativos como ajuda na prevenção concreta da corrupção no contexto de programas de integridade pelas empresas em contratações públicas vultuosas, e duma vantajosidade monitorizada não só financeira, mas igualmente melhores resultados económicos finais para os cidadãos e por conseguinte no erário público, tudo dentro da teoria do incentivo (*nudge*). Aqui encontramos a figura dos fiscais e gestores de contratos, cuja atuação depende de regulamento, bem como o Portal Nacional (Brasileiro) de Contratações Públicas (PNPC) para planejar e gerenciar as contratações. O acompanhamento e fiscalização académica deverão ser sempre contínuos.

Contribuição: os autores procuraram analisar e contribuir para o conhecimento jurídico e científico da nova legislação de licitações e contratos administrativos no contexto da prevenção e chamado combate contra a corrupção, o que resulta também em melhores programas de integridade, melhores contratações públicas e mais apurada vantajosidade para os cidadãos, tudo dentro duma teoria do incentivo (*nudge*), e portanto dum “empurrão” jurídico-científico e de políticas públicas.

Palavras-chave: Programa de integridade; Contratações públicas; Princípio da vantajosidade; *Nudge* (empurrão; teoria do incentivo).



Abstract: *The article addressed the use of the State's purchasing power in favor of an integral negotiating relationship between the public and the private sectors. The main objective was to answer the following question: "What are the inconsistencies and potentialities of the requirement to implement an integrity program provided for in the new Bidding and Administrative Contracts Law?". Through bibliographic research with a qualitative approach, this scientific study will be developed. As specific objectives we have: conceptualize and delimit the requirement for an integrity program in public procurement; and identify and analyze inconsistencies and potentialities of article 25, paragraph 4, of the referred law. The administrative function of fostering was identified in the requirement of an integrity program in public contracts, placing it as a nudge. It is concluded that the requirement provided for in article 25, paragraph 4, of the law under analysis, requires special attention regarding the inspection of the effectiveness of the integrity program; is compatible with the principle of advantage; may represent a considerable burden for some companies, which does not invalidate its imposition; may benefit larger companies in the event, however, it is appropriate to mitigate the principles of free enterprise and free competition. Not forgetting a brief note, albeit essential, in the context of the Portuguese and European comparative legal system.*

Methodology: *a doctrinal foundation was used, associated with the context of quantitative and qualitative perspective methodology from the base with data available in research centers and academic studies, to analyze society's views with regard to public contracting since the new legislation of bidding and administrative contracts.*

Results: *the new legislation on bidding and administrative contracts was reflected as a help in the concrete prevention of corruption in the context of integrity programs by companies in large public contracts, and a monitored advantage not only financial, but also better final economic results for citizens and therefore in the public treasury, all within the incentive theory (nudge). Here we find the figure of inspectors and contract managers, whose actions depend on regulations, as well as the National (Brazilian) Portal for Public Contracts (PNPC) to plan and manage contracts. Academic monitoring and supervision must always be continuous.*

Contribution: *the authors sought to analyze and contribute to the legal and scientific knowledge of the new legislation on bidding and administrative contracts in the context of prevention and so-called combat against corruption, which also results in better integrity programs, better public contracts and greater advantage for citizens, all within a theory of incentive (nudge), and therefore a legal-scientific and public policy "push".*

Keywords: *Integrity program; Public procurement; Advantage principle; Nudge (push; incentive theory).*



1 INTRODUÇÃO

O artigo tratará do tema do uso do poder de compra do Estado em prol de uma relação negocial íntegra entre o setor público e o setor privado. Tem como objetivo central analisar os potenciais reflexos da exigência da implementação de programa de integridade prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, questionando: quais as inconsistências e potencialidades da exigência da implementação de programa de integridade prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos?

Atualmente, o combate à corrupção vem alcançando, mundialmente, o seu merecido lugar de destaque. A partir da lei americana *Foreign Corrupt Practices Act*, outros países começaram a adotar legislações voltadas ao combate à corrupção, dentre os quais o Brasil, com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

Como se sabe, no Brasil, não são raros os casos de corrupção no contexto das contratações públicas, inviabilizando a efetividade dos serviços públicos. Nesse contexto, tem sido objeto de grande discussão o uso do poder de compra do Estado, em prol de uma relação negocial íntegra entre o setor público e o setor privado, por meio da exigência do desenvolvimento de programas de integridade pela pessoa jurídica que contrata com a administração pública. Aliás, dessa forma, desvios de conduta podem ser evitados também no âmbito interno da pessoa jurídica.

A Lei Anticorrupção trouxe, em seu art. 7º, inciso VIII, a previsão dos programas de integridade, contudo, se deteve a dar a eles, de forma expressa, a utilidade de abrandar as sanções impostas às pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, relegando-os, em decorrência da sua alocação, a um papel secundário.

A exigência de programa de integridade nas contratações públicas, após previsão expressa na Lei “*Sapin II*” (Lei Francesa nº 2016-1691) irrompe como importante mecanismo no combate à corrupção. Alguns estados brasileiros editaram suas próprias leis, com previsões acerca da exigência de programa de integridade no



âmbito das licitações, como Rio de Janeiro (Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017), Espírito Santo (Lei nº 10.793, de 21 de dezembro de 2017), Distrito Federal (Lei nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018), Mato Grosso (Lei nº 10.691, de 05 de março de 2018), Rio Grande do Sul (Lei nº 15.228, de 25 de setembro de 2018), Amazonas (Lei nº 4.730, de 27 de dezembro de 2018), Goiás (Lei nº 20.489, de 10 de junho de 2019) e Pernambuco (Lei nº 16.722, de 09 de dezembro de 2019), o que gerou uma série de discussões.

Após intensa impugnação pela revisão da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) por grande parte da doutrina brasileira, recentemente, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, novo marco legal que substitui a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011), trouxe em seu art. 25, § 4º, a previsão da exigência do desenvolvimento de programa de integridade pela empresa que contratar com a administração pública.

Nessa conjectura, por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, o artigo se subdividirá em dois capítulos. O primeiro definirá conceituações relacionadas ao tema e a sua demarcação teórica, tendo em vista que ainda frágeis, e o segundo analisará o dispositivo em estudo (art. 25, § 4º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em relação a inconsistências e potencialidades identificadas.

2 CONCEITUAÇÃO E DELIMITAÇÃO TEÓRICA DA EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Em razão da atualidade do tema, conceitos básicos que com ele se relacionam ainda encontram certa inconsistência. É ampla a discussão no campo acadêmico ao redor do conceito de integridade, especialmente quando comparado ao conceito de *compliance*.



Assim, é importante esclarecer que no Brasil a lei não se baseia no sistema de *compliance*, que se restringe ao cumprimento de leis e códigos, mas sim na integridade, cujo conceito é mais abrangente, pois requer observância ao caráter, à honestidade, à ética e à moral (GIOVANINI, 2017). Na experiência norte-americana observa-se a presença do *compliance*, em que a correção está no cumprimento da norma, já no Brasil, adota-se o fundamento da integridade, que leva em consideração os princípios, os valores e as aspirações (FONSECA, 2018).

A legislação brasileira utiliza a expressão programa de integridade e o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, em seu artigo 41, *caput*, apresenta a sua definição:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (BRASIL, 2015).

Ainda, de acordo com o parágrafo único do dispositivo supracitado, visando a garantia da efetividade, o programa de integridade deve ter em vista as particularidades da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, a qual deverá assumir a responsabilidade de aprimorar e adaptar o programa constantemente (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, conforme o Tribunal de Contas da União, o programa de integridade tem como ponto de partida a observância das normas e das leis e privilegia medidas de prevenção, por se tratarem de medidas mais efetivas e cujo investimento se revela economicamente mais favorável quando comparado ao custo da reparação dos danos provenientes de comportamentos inapropriados (BRASIL, 2016).

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe em seu art. 25, § 4º, a previsão do programa de integridade nas contratações públicas como exigência a ser cumprida em contratações de grande vulto, nos seguintes termos:

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de



integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, a referida lei define, nos moldes do art. 6º, XXII, como de grande vulto as obras, serviços e fornecimentos os quais tenham valor estimado superior à R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) (BRASIL, 2021). Assim, em contratações cujo valor estimado supere R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), a pessoa jurídica licitante vencedora deverá implantar programa de integridade, em até 6 (seis meses), contados a partir da data em que é celebrado o contrato.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe, assim como a Lei francesa “*Sapin II*”, a implantação de programa de integridade nas contratações públicas como uma exigência. Contudo, a lei francesa prescreve a exigência de acordo com o porte da pessoa jurídica, tendo em vista o número de empregados, quinhentos ou mais, e o valor do faturamento, acima de cem milhões de euros (COSTA, 2017). Já no Brasil, com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a exigência é feita tendo vista o valor da contratação, como já mencionado, superior à R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Cumprindo ainda destacar que o art. 25, § 4º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao prescrever a respeito das penalidades pelo descumprimento da exigência em questão, é dotado de sanção negativa, o que pode torná-lo mais firme no direcionamento de comportamentos do que uma norma dotada de sanção premial, como a norma do art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção. A sanção negativa, que impõe uma consequência ao indivíduo que agir em desacordo com a conduta estimulada, pode manifestar maior firmeza no direcionamento de comportamentos do que a sanção premial, que agracia o bom comportamento e dá margem à discricionariedade daquele para o qual a lei se destina (COSTA, 2017).

Nessa perspectiva, a exigência da implantação de programa de integridade nas contratações públicas viabiliza a política pública de combate à corrupção, por meio do fomento. Apenas no final do século XIX, o conceito administrativo de fomento teve estruturação formal (FERREIRA, 2019). Nesse contexto, o conceito de fomento é apontado por Ferreira (2019, p. 269): “[...] política fundamental de Estado e essencial



às consecuições das finalidades públicas.”. Contudo, destaca o autor, é precipitado compreender o fomento como uma atividade administrativa típica recente na história, cujo desenvolvimento teria ocorrido paralelamente à evolução do Estado intervencionista e promotor do bem-estar (FERREIRA, 2019).

Aliás, a respeito do assunto no contexto espanhol, De Pozas (1949) afirma que no século XVI já se identificava a noção de fomento em escritos de Pedro Valencia que descreviam as formas pelas quais o rei buscava para que os seus súditos fizessem o bem público. E, nesse íterim, expõe, a atividade estatal de fomento situa-se entre as ações de inibir e de intervir, com o intento de harmonizar a liberdade e o bem coletivo, influenciando, de maneira indireta, o indivíduo a almejar aquilo que convém para que a necessidade pública seja satisfeita (DE POZAS, 1949).

A atividade de fomento se distingue da atividade preventiva e repressiva da polícia administrativa bem como da prestação de serviços públicos, por meio da qual a administração concretiza suas aspirações de forma direta e com recursos próprios (DE POZAS, 1949). Por meio do fomento há proteção e promoção, sem demandar de coerção, funcionando como um estímulo para que os próprios indivíduos, voluntariamente, tomem certas atitudes, levando-os ao cumprimento da finalidade perseguida pela administração (DE POZAS, 1949).

A atividade de fomento teve conformação constitucional pela utilização de expressões tais quais “fomentará”, “incentivará”, “promoverá” e “estimulará”, na Constituição Federal de 1988 (FERREIRA, 2019). E nesse íterim pode ser considerada, nas palavras de Ferreira (2019, p. 270): “[...] essencial para a consecuição planejada e ordenada do interesse público na lógica constitucional e administrativa brasileira.”.

Não há uma delimitação teórica muito precisa para a atividade de fomento, a qual pode ser identificada em diferentes atuações estatais, podendo ser observada, inclusive, simultaneamente às outras atividades da administração pública, tais quais a polícia administrativa e a prestação de serviços públicos (FERREIRA, 2019). Nesse contexto, a título de exemplo:

A prestação de um serviço público de recapeamento de ruas pode fomentar o desenvolvimento de certa localidade, assim como o uso abusivo e burocrático do poder de polícia na expedição de alvarás para funcionamento



comercial pode fomentar a proliferação dos comércios ilegais. (FERREIRA, 2019, p. 270).

Seguindo essa perspectiva, pode-se identificar a função administrativa de fomento na exigência da implementação de programa de integridade nas contratações públicas com vistas ao enfrentamento à corrupção. Assim, para o desenvolvimento dos referidos programas e o combate às condutas corruptas, identifica-se um *nudge*, conforme apresentam Thaler e Sustain (2009).

O *nudge*, “empurrão”, é o ato de direcionar os indivíduos a adotarem escolhas que sejam melhores para si próprios, com a manutenção da sua liberdade e sem a promoção de incentivos financeiros significativos (THALER; SUSTEIN, 2009). Em razão do aspecto paternalista do *nudge*, as instituições públicas e privadas podem atuar influenciando a adoção de atitudes que beneficiem a vida dos indivíduos (THALER; SUSTEIN, 2009).

A exigência da implantação de programa de integridade nas contratações públicas, ainda que represente uma limitação à liberdade individual, pode ser identificada como um *nudge* à implantação de programa de integridade pelas empresas, a uma relação negocial íntegra entre o setor público e o setor privado e ao enfrentamento da corrupção.

Importa destacar que qualquer exigência somente se mostra cabível em situações nas quais os valores que se pretende proteger encontrem-se em risco, tornando a sua proteção mais importante para o direito do que a garantia da liberdade individual (COSTA, 2017). Nesse contexto, um estímulo mais sólido, como a obrigatoriedade da implantação de programa de integridade nas contratações públicas, se justifica tendo em vista os fundamentos constitucionais que se pretende proteger (COSTA, 2017). Assim, tendo em vista a ameaça à integridade da relação negocial entre o setor público e o setor privado e, conseqüentemente, à consecução do interesse público, se justifica a exigência da implantação de programa de integridade nas contratações públicas.



3 INCONSISTÊNCIAS E POTENCIALIDADES DO ART. 25, §4º, DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Após intensa impugnação pela revisão da Lei de Licitações (8.666/1993) por grande parte da doutrina brasileira, nos tempos mais recentes, é sancionada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (com as devidas alterações e adaptações: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm, 2023), que trouxe a previsão da exigência do desenvolvimento de programa de integridade pela empresa que contratar com a administração pública, nos moldes do art. 25, §4º, o que tem aguçado discussões já existentes e despertado novos debates.

A exigência de implantação de um programa de integridade efetivo por aqueles que contratam com o Estado, ao reforçar o dever da transparência e mitigar ou até mesmo evitar a corrupção, torna os princípios da publicidade e da moralidade administrativa mais densos e concretiza o princípio da boa-fé, fortalecendo a honestidade, a lealdade e a correção nas contratações públicas (SOUZA, 2017).

Nesse contexto, não exigir programa de integridade é que pode violar os princípios da administração pública, tendo em vista que parece irrazoável e inviável a ausência de uma conduta ilibada e dotada de ética e integridade por aquele que pretenda contratar com a Administração Pública (SOUZA, 2017). Ainda, a conduta ilibada e dotada de ética e integridade é uma exigência para que o indivíduo ocupe cargos públicos, de modo que, em relação às pessoas jurídicas que queiram contratar com a administração pública, os mesmos requisitos devem imperar (SOUZA, 2017).

Contudo, há autores, como Araripe e Machado (2018), que entendem que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de meios menos controversos para atingir tal finalidade. Aliás, uma das grandes discussões que envolve a exigência de implementação de programa de integridade se relaciona à observância da vantajosidade da contratação para a Administração Pública, atualmente prevista no art. 11, I, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Sobre o assunto, há autores que defendem a incompatibilidade da referida exigência com o princípio da vantajosidade. Por essa perspectiva, uma política pública



viabilizada pelo fomento, por meio do uso do poder de compra estatal, pode entrar em contradição com o princípio da vantajosidade, tendo em vista a possibilidade de que resulte em uma contratação que, do ponto de vista financeiro, não seja a mais vantajosa para a administração (FERREIRA, 2019).

Contudo, a vantagem para a administração pública não se esgota na conquista da contratação mais viável do ponto de vista financeiro, mas se estende aos demais benefícios que a contratação pode proporcionar aos cidadãos. E, ainda assim, em longo prazo, é provável que o programa de integridade, proporcione significativos resultados econômicos, tendo em vista a proteção do erário.

Com a exigência de programa de integridade efetivo, os negócios entre o setor público e o setor privado, uma vez isentos da corrupção, produzirão melhores resultados, consubstanciando a proposta mais vantajosa para a administração pública, de modo a atender, na contratação, não só o requisito relativo ao preço econômico, mas também aos interesses públicos primários (SOUZA, 2017). Além do mais, os custos que, eventualmente, as pessoas jurídicas terão que arcar para a implementação de programa de integridade são incomparáveis com os quais a administração pública tem que lidar em decorrência da corrupção (SOUZA, 2017).

Já no contexto das pessoas jurídicas que contratam com a administração pública, Costa (2017) afirma que a implantação de programa de integridade não importará em um ônus exorbitante, uma vez que, por meio do programa de integridade, a empresa se beneficiará em relação a sua imagem e produtividade, com o ganho em investimentos estrangeiros e com a redução dos custos que decorrem da corrupção. Nessas circunstâncias, para a autora, a única perda que se poderia vislumbrar para a pessoa jurídica seria a de ter a opção de aderir ao combate à corrupção (COSTA, 2017).

Importa observar que, embora o programa de integridade possa beneficiar significativamente a empresa que implementá-lo, principalmente a longo prazo, é possível que em um primeiro momento represente um ônus considerável para a empresa, principalmente tendo em vista que, no contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que se leva em consideração para a referida exigência, como já mencionado anteriormente, é o valor da contratação e não o porte da pessoa



jurídica, como na lei francesa, o que não quer dizer que, em uma análise do todo, com a apreciação dos demais aspectos, não seja válida a imposição de referido ônus.

Ainda que a exigência não seja estabelecida como um requisito para habilitar ou permitir a pessoa jurídica de participar da licitação, mas sim como uma obrigação para contratar com a administração pública, de mesmo modo, serão beneficiadas as empresas que já possuam programas de integridade implantados, as quais, geralmente, são as de grande porte, o que prejudicará a competitividade (PINHO, 2018). Também, a implementação dos programas de integridade requer recursos e profissionais com capacitação, o que poderá limitar a quantidade de empresas que tenham oportunidade para contratar com a administração (PINHO, 2018).

Mas, também é cabível afirmar que a pessoa jurídica, ao se dispor a contratar com a administração pública, tendo em vista os interesses públicos que se compreendem na contratação, aceita a mitigação do princípio da livre iniciativa e do princípio da livre-concorrência (SOUZA, 2017). Aliás, a exigência de implantação de programa de integridade atende ao princípio da isonomia tendo em vista tratar-se de exigência dotada de razoabilidade e proporcionalidade em relação a todos os que queiram contratar com a administração pública, sem descuidar da possibilidade de tratamento diferenciado desigual às pessoas jurídicas que estejam em situação distinta, como no caso das pequenas organizações empresariais (SOUZA, 2017).

Por outro ângulo, ao observar a convergência existente entre o enfrentamento à corrupção no contexto das pessoas jurídicas e a defesa da ordem econômica, se pode afirmar que o combate à corrupção no âmbito das empresas por meio da implementação de programas de integridade, resulta, concomitantemente, na salvaguarda da ordem econômica bem como na consolidação da livre iniciativa (COSTA, 2017).

Embora possa parecer, os argumentos expostos não são necessariamente contraditórios. Tendo em vista o custo que representa a implementação de um programa de integridade efetivo, é possível que, em um primeiro momento, o porte da empresa acabe por se tornar um critério diferenciador, de modo que proporcionalmente a sua condição financeira, a empresa aumente as chances de contratar com o poder público.



Também pode ser que as empresas que já possuem programa de integridade, normalmente as de maior porte, de início, se beneficiem. Contudo, é cabível a mitigação dos princípios da livre iniciativa e da livre-concorrência, ao ponderar tais circunstâncias com os benefícios que o programa de integridade pode promover, uma vez que o combate à corrupção se traduz em benefícios ao próprio empresariado e à população em geral. A implementação de programas de integridade pelas empresas, resulta, inclusive, na proteção da própria ordem econômica e na consolidação da livre iniciativa.

A exigência de programa de integridade nas contratações públicas deve ser encarada de forma positiva, visto que demanda dos entes privados uma postura ativa em relação a administração pública, mas não basta a existência em si, é necessário que o programa de integridade seja efetivo (PINHO, 2018). Dos altos custos que envolvem a exigência de programa de integridade, decorre a possibilidade de que se originem programas de integridade os quais se restrinjam a mera previsão formal para o alcance do intento de contratar com a administração pública (ARARIPE; MACHADO, 2018). Desse modo, a referida exigência aumentará a necessidade de avaliação dos programas, o que requer do poder público uma estrutura permanente e profissionais com autonomia e capacitação (ARARIPE; MACHADO, 2018).

Tendo em vista a importância da adoção de um sistema adequado para a fiscalização e o controle da referida exigência, nesse ponto, de forma especial, residem grandes discussões. E nesse contexto, o artigo 169, *caput* e seus incisos, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, traz importantes prescrições sobre o controle das contratações públicas:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. (BRASIL, 2021).

A partir do dispositivo supracitado, pode-se esperar que as três linhas de defesa (o órgão licitante, as unidades de assessoramento jurídico e de controle



interno, e o órgão central de controle interno e o tribunal de contas) interajam de forma mais intensa, indicando a possibilidade de um controle com maior efetividade e eficácia (NASCIMENTO, 2021).

Consoante o art. 117, *caput*, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no mínimo um fiscal do contrato deverá acompanhar e fiscalizar a sua execução, sendo cabível a contratação de terceiros para que prestem assistência e contribuam por meio de informações congruentes (BRASIL, 2021). Ainda, a lei tratada prevê em seu art. 8º:

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei. (BRASIL, 2021).

Pode-se observar que a Nova Lei de Licitações não divide tampouco atribui as atividades de gerir e fiscalizar, bem como não prevê modelos de gestão e fiscalização, de modo que, tendo como fundamento da contratação os estudos técnicos efetuados, compete ao licitante, em conjunto com os demais agentes atuantes, delinear o modelo de gestão e fiscalização (FURTADO, 2021). Nesse ínterim, uma vez que, comumente, um mesmo servidor reúne a responsabilidade de fiscalizar todos os segmentos e, normalmente, inúmeros contratos, a fiscalização é comprometida (FURTADO, 2021).

Assim, para o controle da efetividade dos programas de integridade é necessária a profissionalização da administração pública, com a atuação de órgãos técnicos e despolitizados, que detenham autonomia funcional, financeira e administrativa, aos quais caberia planejar, controlar, conter e combater à corrupção nas licitações e contratações públicas (SOUZA, 2017). O órgão fiscalizador deve ser autônomo e permanente e, para tanto, há duas opções: criar uma nova agência anticorrupção ou concentrar a competência para fiscalizar em uma organização independente já constituída, que, preferencialmente, tenha experiência técnica e no trato com empresas (COSTA, 2017).



Para Costa (2017) a concentração da competência para fiscalizar em uma organização já existente parece mais adequada, pois a criação de uma nova agência anticorrupção envolve custos, exige que sejam conferidos aos membros independência funcional, e estrutura, além de uma remuneração que os atraia para que se mantenham isentos de influências em sua atuação. Nesse contexto, a autora aponta o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como uma instituição promissora para tal função, tendo em vista a sua experiência para lidar com empresas e a convergência entre os ilícitos de corrupção corporativa e os que ferem a ordem econômica (COSTA, 2017).

De modo distinto, Souza (2017) aponta as controladorias e a Advocacia de Estado como os órgãos competentes para o controle da efetividade dos programas de integridade, tendo em vista que possuem o perfil constitucional e legal para tal. Conforme o autor, após solidificada a atuação dos referidos órgãos, deveria haver uma parceria entre eles e as escolas de governo na preparação e qualificação de todos os níveis funcionais e escalões do governo para que atuem no âmbito das contratações públicas buscando prevenir a corrupção (SOUZA, 2017). Assim, em um terceiro momento, a administração pública interagiria com as pessoas jurídicas que contratam com ela, para a construção consensual de mecanismos para a prevenção da corrupção (SOUZA, 2017). Ainda, posteriormente, os mercados e as pessoas jurídicas deverão instituir uma cultura anticorrupção em suas estruturas internas, com base em programas de integridade efetivos, os quais serão controlados por órgãos despolitizados, que poderão pertencer tanto ao setor público, quanto ao setor privado (SOUZA, 2017).

Nesse contexto, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inovou ao prever, em seu art. 174, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC), o qual terá, entre outras funções, a de ofertar um sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluindo o cadastro que atesta o cumprimento de obrigações pelo contratado, a ser atualizado, ao menos, anualmente (BRASIL, 2021).

O PNPC parece um instrumento promissor à fiscalização e ao controle das contratações públicas, contudo, é necessária a observação da sua atuação prática. A exigência da implementação de programa de integridade pela pessoa jurídica que



contrata com a administração pública, prevista no art. 25, § 4º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ainda é muito recente e exige grandes discussões acadêmicas para que ela seja aplicada de forma adequada e em benefício da sociedade.

Nesse íterim, algumas inconsistências podem ser identificadas, mas, nas palavras de Guimarães e Requi (2018, p. 214): “exigências desta natureza são bem-vindas e concorrem para melhorar o ambiente concorrencial e aperfeiçoar o sistema de contratação pública.”. Desse modo, o dispositivo em análise deve ser encarado como uma oportunidade ao aperfeiçoamento do sistema de contratação pública através do fomento à integridade.

4 ALGUMAS NOTAS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Em Portugal, no que diz respeito à tutela do erário público, temos que destacar a Lei 30/2021, de 21 de Maio, até às últimas alterações, o Decreto-Lei 78/2022, de 7 de Novembro. Esta legislação aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei 15/2002, de 22 de Fevereiro e o Decreto-Lei 200/2008, de 9 de Outubro. Por sua vez, o Código dos Contratos Públicos baseia-se no Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro, com alterações até ao Decreto-Lei 54/2023, de 14 de Julho. Legislação que apresenta diversos lugares comuns, quer no universo da língua portuguesa, quer noutras geolocalizações do direito comparado doutras línguas maternas.

Quanto ao contexto da responsabilidade financeira e criminal – direitos constitucionais sociais, dinheiros públicos e recuperação de activos -, temos algumas notas a assinalar. Não podemos esquecer que no contexto do ordenamento jurídico português existe uma tutela penal-constitucional da legalidade (constitucional) dos dinheiros públicos, a qual se pretende que seja transparente e honesta. E, claro está, temos aqui algumas inegáveis conexões com o Tribunal de Contas português e com o seu processo (Bandeira, 2015). É caso para perguntarmos, nomeadamente na



Europa e/ou em Portugal, que espécie de responsabilidade financeira pública *lato sensu* queremos? Duas das diversas faces da mesma democracia constitucional. Aquilo que também é um problema macro-financeiro-público, mas também macro-tributário e de ética multilateral. Assim, necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima na criminalização também aqui? Tudo isto como contributo para a compreensão da relação entre os direitos constitucionais sociais, a gestão dos dinheiros públicos, o controlo financeiro, a responsabilidade criminal e a recuperação de activos (Bandeira, 2015). Sendo que, consideramos neste trabalho citado, estar o ordenamento jurídico brasileiro mais bem apetrechado do que o ordenamento jurídico português. Designadamente quando prevê a possibilidade de existirem “*cavalgadas fiscais*”, as quais, como bem sabemos, podem ter consequências muito graves. É o caso da impugnanção do mandato de governantes, entre os quais o(a) próprio(a) Presidente da República, também conhecido por *impeachment*. Não fazendo qualquer juízo aqui de qualquer caso concreto. O importante são as potencialidades da respectiva legislação. Em Portugal, a legislação sancionatória do Tribunal de Contas, a título exemplificativo, nem sequer prevê penas de prisão: “*Lei 98/97, de 26 de Agosto, com alterações da Lei 56/2023, de 6 de Outubro – Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*”. Já podemos encontrar essa possibilidade na chamada Lei dos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos, Lei 34/87, de 16 de Julho, com alterações até à Lei 94/2021, de 21 de Dezembro. Mas os casos conhecidos e julgados são escassos, bem como as molduras penais chegam a ser anedóticas: de acordo com o art. 14º, p.e., a violação das normas de execução orçamental, prevê uma pena máxima de 1 (um) ano de prisão! Ou seja, se aqueles que cometem v.g. crimes de fraude fiscal podem potencialmente ser sentenciados com penas de prisão até 8 anos de prisão por causa de valores que ultrapassam os €200.000,00 (art. 104º do Regime Geral das Infracções Tributárias: Lei 15/2001, de 15 de Junho, com alterações até Decreto-Lei 74-B/2023, de 28/08), já quem viola normas de execução orçamental – desbaratando dinheiros públicos em quantidades por vezes incomparáveis em grandeza: alguns milhões de Euros! -, poderá ficar pela de prisão com um ano apenas e somente! É por estas e por outras que, de modo cíclico, as contas públicas portuguesas entram em falência: 1977, 1983 e 2011!



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou os potenciais reflexos da exigência da implementação de programa de integridade prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O combate à corrupção, assunto em pauta na agenda mundial, se consubstancia, após intensa impugnação pela revisão da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Fazendo uso do poder de compra do Estado, em prol de uma relação negocial íntegra entre o setor público e o setor privado, com previsão semelhante à Lei “*Sapin II*” (lei francesa nº 2016-1691), o art. 25, § 4º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, prevê a exigência da implementação de programa de integridade pelas empresas quando das contratações de grande vulto.

Uma vez demonstrado que a expressão “programa de integridade”, no contexto brasileiro, é a mais adequada, tendo em vista superar os limites das leis e considerar também os princípios e valores, se identifica a função administrativa de fomento na exigência da implementação de programa de integridade nas contratações públicas com vistas ao enfrentamento à corrupção, situando-a como um *nudge*, “empurrão”.

Com a recente previsão da exigência de programa de integridade na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, as discussões já existentes aguçaram-se, surgindo novos debates. Em relação à compatibilidade entre o princípio da vantajosidade e a exigência de programa de integridade nas contratações públicas, embora os estudiosos revelem entendimentos divergentes, conclui-se que a vantagem para a Administração Pública não se esgota na conquista da contratação mais viável do ponto de vista financeiro, mas se estende à possibilidade de retorno da contratação em benefício dos cidadãos. E, ainda assim, em longo prazo, é provável que o programa de integridade, proporcione significativos resultados econômicos, tendo em vista a proteção do erário.



Embora o programa de integridade possa beneficiar significativamente a empresa que implementá-lo, principalmente a longo prazo, é possível que, em um primeiro momento, a sua implementação represente um ônus considerável para a empresa, principalmente tendo em vista que, no contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que se leva em consideração para a referida exigência é o valor da contratação e não o porte da pessoa jurídica, como na lei francesa. Contudo, tal circunstância não significa que, em uma análise do todo, com a apreciação dos demais aspectos, não seja válida a imposição de referido ônus.

No tocante a compatibilidade entre a exigência ora estudada e os princípios da livre iniciativa e livre-concorrência, os argumentos dos autores estudados, embora possam parecer, não são necessariamente contraditórios. Assim, compreende-se que é possível que, em um primeiro momento, o porte da empresa acabe por se tornar um critério diferenciador, de modo que proporcionalmente a sua condição financeira, a empresa aumente as chances de contratar com o poder público, tendo em vista o custo que representa a implementação de um programa de integridade efetivo. Também pode ser que as empresas que já possuam programa de integridade, normalmente as de maior porte, de início, se beneficiem. Contudo, ao ponderar tais circunstâncias com os benefícios que o programa de integridade, ao combater a corrupção, pode promover ao próprio empresariado e a população como um todo, é cabível a mitigação dos princípios da livre iniciativa e da livre-concorrência.

Outro ponto importante reside na adoção de um sistema adequado para a fiscalização e o controle da referida exigência, para o monitoramento da efetividade do programa e para que não existam programas meramente pró-forma.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em relação à gestão de riscos e ao controle preventivo, sujeita as contratações públicas à linhas de defesa de atuação conjunta (art. 169, *caput* e seus incisos), prevê a figura dos fiscais e gestores de contratos, cuja atuação depende de regulamento (art. 177, *caput*, e art. 8º, § 3º) e inovou ao prever o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC) para planejar e gerenciar as contratações (art. 174), instrumento aparentemente promissor à fiscalização e ao controle das contratações públicas, cuja observação da atuação prática, contudo, se faz necessária.



Muitas são as potencialidades da exigência da implementação de programa de integridade pela pessoa jurídica que contrata com a administração pública, prevista no art. 25, § 4º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mas, tendo em vista ter sido sancionada recentemente, muitas ainda são as suas inconsistências, o que exige um acompanhamento do seu desenrolar pelo meio acadêmico.

Podemos entretanto encontrar intenções legislativas e lugares comuns com o ordenamento jurídico português e europeu. Mas também podemos nos deparar com grandes diferenças quanto ao tratamento destas matérias relacionadas com a gestão dos dinheiros públicos entre os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil (Bandeira, 2015).

REFERÊNCIAS

ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 385-404, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5332>.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, **Responsabilidade Financeira e Criminal-Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos** -Prefácio de Jónatas Machado, Juruá Editorial, Curitiba e Porto, 2015.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12. 846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção**: aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33149>. Acesso em: 20 maio 2021.



COSTA, Gabriela Revoredo Pereira da. **Compliance, Lei da Empresa Limpa e Lei Sapin II**: uma análise da aplicação do regime de obrigatoriedade de adoção de programas de integridade corporativa no Brasil. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

DE POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoria del fomento em el derecho administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n.48, p. 41-54, 1949.

FERREIRA, Tomas Julio. Fomento à integridade: o compliance como exigência nas contratações públicas. **Revista Direito em Debate**: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, [S.l.], v. 28, n. 52, p. 267-283, jul./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.267-283>.

FONSECA, Antonio. Programa de *compliance* ou programa de integridade, o que isso importa para o direito brasileiro? **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 30, n.1/2, p. 77-94, jan/fev. 2018.

FURTADO, Madeline Rocha. **O ETP, a gestão e a fiscalização dos contratos na Lei nº 14.133/2021**. A Nova Lei de Licitações: o que vem por aí? – Parte 2. 2021. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/06/o-etp-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos-na-lei-14-133-2021-a-nova-lei-de-licitacoes-o-que-vem-por-ai-parte-2/>. Acesso em: 10 maio 2021.

GIOVANINI, Wagner. Lei Anticorrupção ajuda o Brasil. **Jornal Estadão**, 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-ajuda-o-brasil/>. Acesso em: 12 maio 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos. Exigência de programa de integridade nas licitações. *In*: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (org.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A nova lei de licitações e o controle realizado pelos tribunais de contas. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/opiniao-lei-licitacoes-tribunais-contas>. Acesso em: 22 maio 2021.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. É preciso cautela ao exigir compliance em contrato público. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/clovis-pinho-preciso-cautela-compliance-contrato-publico>. Acesso em: 15 maio 2021.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A juridicidade da exigência de programa de integridade para participar de licitações e firmar contratos e outras parcerias com o estado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v. 15, n. 15, p. 143-169, 1º/2º sem, 2017.



THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Books, 2009.

