

PARECER AO REQUERIMENTO RQX/0141.5/19

Requerimento de diligência à Mesa Diretora da ALESC sobre o PL./0262.0/2019 que dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências.

Autor: Comissão de Constituição e Justiça

Relator: Deputado Mauro de Nadal

I – RELATÓRIO

Trata-se de requerimento de diligência à Mesa Diretora da ALESC sobre o PL./0262.0/2019 que dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências.

A matéria encontra-se em trâmite perante esta Mesa Diretora, para análise e apreciação da proposição, exercendo sua competência, nos termos do Art. 63 do Regimento Interno desta Casa Legislativa.

É o relatório.

II – VOTO



Cabe a Mesa Diretora emitir parecer sobre proposição que modifique os serviços administrativos da Assembleia Legislativa conforme prescreve o inciso IV do Art. 63 do Regimento Interno desta Casa Legislativa.

A matéria proposta no projeto de lei em diligência pretende exigir que as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder tenham um Programa de Integridade.

Para melhor compreender o assunto fiz diligência interna ao Controlador Geral da Casa para manifestação técnica.

A Controladoria Geral da Casa assim se manifestou:

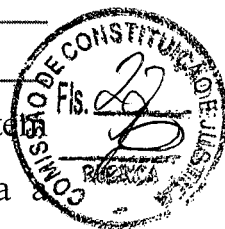
“.....

De sua vez, o PL nº 0262/0/2019, inova em trazer a obrigatoriedade de implementação de Programa de Integridade para todas as pessoas jurídicas que, de alguma maneira, venham a se relacionar com o Poder Público Estadual, quer dizer, que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento, com a administração pública direta, indireta ou fundacional do Estado de Santa Catarina, de acordo com valores previamente definidos.

A implementação do Programa de Integridade agregaria boas práticas na administração das empresas, buscando o combate a desvios, fraudes e corrupção, atuando também como fator de desenvolvimento das organizações do setor privado, o que resultaria, em tese, em benefício econômico e social para Santa Catarina.

.....

Sendo assim, o intuito do PL nº 0262/0/2019 está em consonância com as legislações semelhantes dantes relacionadas e ,

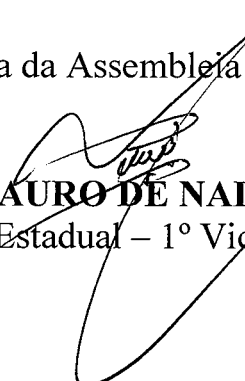


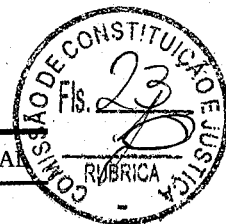
também, com as boas práticas na Administração Pública, as quais refletem o direcionamento das contratações públicas em Santa Catarina para a necessidade de um efetivo programa de integridade e *compliance* nas empresas, buscando garantir o cumprimento da legislação vigente e de regras internas, mediante orientação, prevenção e tratamento dos desvios de conduta ou práticas ilegais.”

A matéria segundo nossa assessoria técnica esta em consonância com as boas práticas na Administração Pública.

Do exposto, no âmbito desta Mesa Diretora, voto pela **tramitação** do 0262.0/2019 com a redação original, devendo seguir seus trâmites regimentais.

Mesa Diretora da Assembleia Legislativa,


MAURO DE NADAL
Deputado Estadual – 1º Vice Presidente



PARECER TÉCNICO Nº001 /2019/CG

ASSUNTO: Requerimento de diligência referente ao PL 0262.0/2019

REQUISITANTE: Exmo. Sr. Deputado Mauro de Nadal, 1º Vice Presidente

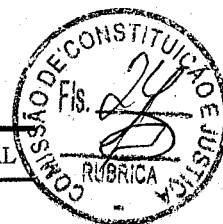
PARECER TÉCNICO REFERENTE AO PROJETO DE LEI Nº 0262.0/2019, QUE DISPÕE SOBRE A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA AS PESSOAS JURÍDICAS QUE FIRMAREM RELAÇÃO CONTRATUAL DE QUALQUER NATUREZA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA EM TODAS AS ESFERAS DE PODER E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Exmo. Sr. Deputado Mauro de Nadal, 1º Vice Presidente:

I – RELATÓRIO:

Acuso o recebimento do Memorando nº 0175/19/GP, subscrito pelo Exmo Sr. Deputado Mauro de Nadal, 1º Vice Presidente, e encaminhado pelo Chefe de Gabinete da Presidência, Sr. Eron Giordani, requerendo o encaminhamento de cópia do PL nº 0262/0/2019 a esta Controladoria-Geral para a elaboração de Parecer Técnico.

O PL nº 0262/0/2019, de autoria do Sr. Deputado Romildo Titon, dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmarem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e dá outras providências.



Seguindo o trâmite legislativo, ao aportar na Comissão de Constituição e Justiça, o Relator do PL nº 0262/0/2019, Sr. Deputado Luiz Fernando Vampiro, votou, acompanhado pela unanimidade de seus pares, pela necessidade de diligência, consistente na de oitiva da Mesa da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado. Aduziu que “a matéria é de extrema relevância para a sociedade catarinense, mas como traz a necessidade de controle (compliance) para as pessoas jurídicas que contratam com os Poderes e Órgãos do Estado existe a necessidade de oitiva”.

Para realização da diligência perante a Mesa da Assembleia Legislativa foi designado como Relator o Sr. Deputado Mauro de Nadal, que requereu o encaminhamento a Controladoria-Geral para fornecimento de parecer técnico nem um prazo máximo de 5 dias.

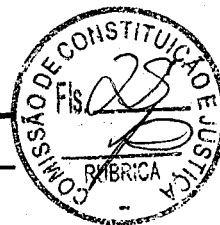
Eis o resumo dos fatos.

II – ANÁLISE

Inicialmente, convém esclarecer que o presente exame não trata de manifestação acerca da constitucionalidade da matéria objeto do presente projeto de lei ou de aspectos formais relacionados à sua tramitação, tópicos sujeitos ao crivo de nossa Consultoria Legislativa. Tampouco, cuida-se de parecer jurídico sobre o tema, cuja atribuição recai sobre a Procuradoria Geral da Casa¹.

Objetiva o presente Parecer Técnico servir de subsídio para posterior declaração da mesa diretiva da Assembleia Legislativa, órgão integrante da estrutura de Estado, a respeito de Projeto de Lei que busca o fortalecimento de políticas de integridade, controle e transparência.

¹Aliás, há vedação expressa de emissão de parecer jurídico por esta Controladoria Interna, conforme assinala o art.10D, §3º, III, da Lei Complementar nº 672, de 19 de janeiro de 2016.



Pois bem.

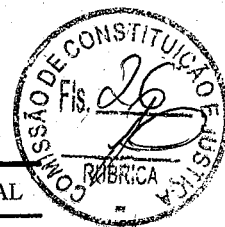
Desde janeiro do corrente ano, vige em Santa Catarina a Lei nº 17.715, que dispõe sobre a criação do Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual.

Conceitua o Programa de Integridade como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de prevenção, detecção e correção de práticas de corrupção, fraudes, subornos, irregularidades e desvios éticos e de conduta e, determina, em seu art. 1º, que sua prática seja instituída em todos os órgãos e entidades governamentais no âmbito do Estado, de modo a expressar o comprometimento da Administração Pública com o combate à corrupção.

De sua vez, o PL nº 0262/0/2019, inova em trazer a obrigatoriedade de implementação de Programa de Integridade para todas as pessoas jurídicas que, de alguma maneira, venham a se relacionar com o Poder Público Estadual, quer dizer, que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento, com a administração pública direta, indireta ou fundacional do Estado de Santa Catarina, de acordo com valores previamente definidos.

A implantação do Programa de Integridade agregaria boas práticas na administração das empresas, buscando o combate a desvios, fraudes e corrupção, atuando também como fator de desenvolvimento das organizações do setor privado², o que resultaria, em tese, em benefício econômico e social para Santa Catarina.

² “(...) As empresas devem perceber que investir em integridade é bom para o próprio negócio, independentemente de qualquer tipo de responsabilização. Cada vez mais o mercado vem valorizando empresas comprometidas com a integridade, que passam a ter uma vantagem competitiva diante dos concorrentes e critérios diferenciais na obtenção de investimentos, créditos ou financiamentos. Pensar em um ambiente de negócios íntegro possibilita evoluir para um mercado em que características éticas das empresas tornam-se um diferencial no mundo corporativo”. In: BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas. pp. 24/25. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 27 ago 2019.



Embora revolucionário em solo catarinense, em âmbito nacional já há normativa semelhante.

A Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Assim como seu Decreto regulamentador — Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015 —, foram marcos normativos inovadores no Brasil quanto a Programas de Integridades com foco em medidas anticorrupção a ser adotado por empresas, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira.

Após a publicação da lei nacional, o governador do Distrito Federal sancionou em, 02 de fevereiro de 2018, a Lei nº 6.112, que trata da obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder.

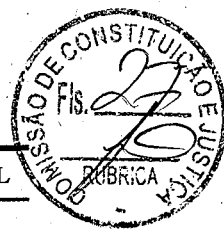
Posteriormente, os estados do Rio Grande do Sul³, Amazonas⁴, Espírito Santo⁵ e Goiás⁶ também publicaram suas próprias leis regulamentando

³ Lei nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

⁴ Lei nº 4730, de 27 de dezembro de 2018, DISPÕE sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Amazonas e dá outras providências

⁵ Lei nº 10.993, de 24 de maio de 2019, Institui o Programa de Integridade da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, excetuadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e adota outras providências

⁶ Lei nº 20.489, de 10 de junho de 2019, Cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado de Goiás, e dá outras providências.



Programas de Integridade a ser adotado por pessoas jurídicas que contratem com a Administração Pública Estadual⁷.

Sendo assim, o intuito do PL nº 0262/0/2019 está em consonância com as legislações semelhantes dantes relacionadas e, também, com as boas práticas na Administração Pública, as quais refletem o direcionamento das contratações públicas em Santa Catarina para a necessidade de um efetivo programa de Integridade e *compliance* nas empresas, buscando garantir o cumprimento da legislação vigente e de regras internas, mediante orientação, prevenção e tratamento dos desvios de condutas ou práticas ilegais.

III – CONCLUSÃO:

Diante do exposto, esta Controladoria-Geral, no exercício de suas atribuições legais, sem adentrar em atribuições próprias de outros setores da Alesc, entende que o PL nº 0262/0/2019 está em consonância com as boas práticas na Administração Pública, as quais refletem o direcionamento das contratações públicas em Santa Catarina para a necessidade de um efetivo programa de Integridade e *compliance* nas empresas.

Florianópolis, em 28 de agosto de 2019.

Gláucia Mattjie

Controladora-Adjunta da Alesc

De acordo.

Marcos Flávio Ghizoni Jr.
Controlador-Geral da Alesc

⁷ Há, ainda, unidades federativas em que há a tramitação de Projetos de lei com idêntico escopo, como, por exemplo, o estado de São Paulo — PL 360/2019, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas pessoas jurídicas que contratarem com a Administração Pública do Estado de São Paulo, em todas esferas de Poder Público Estadual, e dá outras providências.

Ofício TC/GAP n. 16322/2019

Florianópolis, 19 de setembro de 2019.

Assunto: Resposta ao Ofício GP/DL/0558/2019 – ALESC – PL. 0262.0/2019 – Programa de Integridade para Pessoas Jurídicas.

*Deputado Julio Garcia
Presidente*

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Com meus cordiais cumprimentos, acuso o recebimento do Ofício GP/DL/0558/2019, protocolado nesta Corte de Contas sob o n. 30916/2019, o qual solicita manifestação deste Tribunal de Contas sobre o Projeto de Lei n. 0262.0/2019, que propõe a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências.

Em atendimento, o expediente foi encaminhado para a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, para a Diretoria de Empresas e Entidades Congêneres e para a Diretoria de Contas de Gestão, deste Tribunal, as quais prestaram informações nos termos do Memorando DLC n. 091/2019, Memorando DEC n. 035/2019 e Memorando DGE n. 0019/2019, respectivamente, que seguem anexos.

Atenciosamente,

[Assinatura]
Conselheiro **Adircélio de Moraes Ferreira Júnior**
Presidente

Lido no Expediente	
90ª	Sessão de 02/10/19
Anexar a(o) PL 262/19	
Diligência	
<i>[Assinatura]</i>	
Secretário	

Ao Excelentíssimo Senhor
Deputado **JULIO GARCIA**
Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina
Florianópolis – SC.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DIRETORIA DE CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES**

Memorando DLC nº 091/2019.

Florianópolis, 05 de setembro de 2019.

De: DLC

Para: DGCE

Ref.: Ofício GP/DL/0558/2019 – Projeto de Lei n. 0262/2019

Protocolo n. 30916/2019

Senhor Diretor Geral,

Cumprimentando-o cordialmente, em atendimento ao despacho no protocolo n. 30916/2019, referente ao Ofício GP/D/0558/2019, que solicita a manifestação deste Tribunal de Contas sobre a matéria do Projeto de Lei n. 0262/2019, passamos às informações afetas a nossa Diretoria.

O projeto de lei em questão propõe a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina, em todas as esferas de poder e adota outras providências. O teor do projeto prevê que será aplicável a contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro documento ou forma de avença similar, com valor global superior a R\$ 3.300.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 1.430.000,00 para outras aquisições.

Primeiramente, cumpre informar que ainda não há posicionamento desta Corte a respeito do tema. O assunto não foi visto em processos desta Diretoria até o momento e, igualmente, em pesquisa no sistema de processos não se verificou expediente de outro órgão de controle. Todavia, sugere-se que sejam consultadas outras diretorias sobre eventual estudo a respeito da vantajosidade e conveniência da implantação de programa de integridade pelas empresas contratadas.

O que se pode dizer é que, a partir da Lei Anticorrupção (Lei n. 846/2013), a preocupação com medidas que possam estimular uma nova postura empresarial levou alguns

entes federativos a promulgarem suas regulamentações locais, como aconteceu com o estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual n. 7.753/17), o Distrito Federal (Lei n. 6.112/18), o estado do Amazonas (Lei Estadual n. 4.730/18), que passaram a exigir programa de integridade daqueles que contratarem com a Administração, e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que criou a obrigatoriedade de procedimentos de gestão de riscos, canal de denúncias, código de conduta e políticas de integridade das empresas que celebrem contratos com valores superiores a R\$ 5.000.000,00¹.

A adoção de programas de *compliance* é, portanto, uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro, atendendo também compromissos assumidos com a ONU, OEA e OCDE. Inclusive, foi objeto do Compromisso de Lima, de abril de 2018, que tem o Brasil como um dos signatários, o qual convencionou a seguinte intenção:²

Promover a inclusão de cláusulas anticorrupção em todos os contratos do Estado e de parcerias público-privadas e estabelecer registros de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos de corrupção e lavagem de ativos para evitar sua contratação. (OITAVA CÚPULA, 2018.)

Alguns críticos da exigência, porém levantaram possível inconstitucionalidade dessa previsão, em vista da competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Contudo, a doutrina tem entendido que, embora seja vedada a inclusão de novas exigências na fase de habilitação, eis que o rol de documentos indicados para essa finalidade é taxativo, a obrigação de o contratado implementar programa de integridade está abrigada na discricionariedade do administrador, como bem explanam Assis e Shramm (2018)³:

Noutro vértice, não se vislumbra maior óbice à cláusula anticorrupção que obriga o contratado a implementar programa de integridade após a formalização do contrato. Note-se que tal disposição contratual, além de alinhada ao princípio da moralidade, não vulnera a isonomia, pois não impede a participação de eventuais

¹ FERREIRA, Isabela Amorim Diniz. Programas de *compliance* para contratação com a administração pública. [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI297081,81042-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI297081,81042-Programas+de+compliance+para+contratacao+com+a+administracao+publica)

[Programas+de+compliance+para+contratacao+com+a+administracao+publica](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI297081,81042-Programas+de+compliance+para+contratacao+com+a+administracao+publica)

² CASTELLA, Gabriel Morettini e. Cláusulas anticorrupção e as novas exigências de programas de integridade para as contratações públicas. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 293, p. 690-694, jul. 2018.

³ ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de; SCHRAMM, Fernanda Santos. A natureza jurídica das cláusulas anticorrupção nas contratações públicas. Web Zênite ILC, set. 2018. Disponível em:

<<https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/8e31a081-f6a4-4b1b-886f-4868aa23a9e2>>



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DIRETORIA DE CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

interessados, com a condição de que a obrigação de implementar o programa de integridade seja consequência da formalização do contrato e possa ser realizada em um prazo razoável.

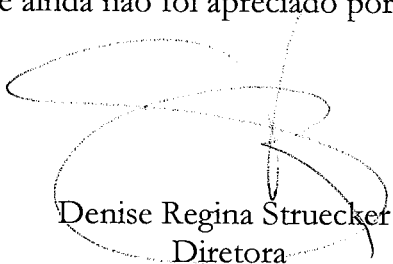
(...)

Com base nessas premissas, salta aos olhos a inconstitucionalidade dessa mesma exigência de programa de integridade quando formulada, no edital da licitação, como requisito de habilitação ou critério de classificação das propostas. É que a exigência de programa de integridade antes da formalização do contrato restringe, desnecessariamente e sem previsão legal, o número de possíveis licitantes hábeis a apresentar proposta, violando o caráter competitivo do certame e os princípios da legalidade e da isonomia.

Outra questão a ser enfrentada é o risco de o programa de integridade ser “meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos previstos na Lei Federal n. 12.846, de 2013”, hipótese prevista no art. 7º, §4º, do projeto de lei apresentado. Apesar de expressa indicação de que programa nesses moldes não será considerado para fins do cumprimento da lei, há que se verificar se a Administração de todas as esferas vai ter a expertise necessária para proceder a avaliação.

Esse é o breve relato do cenário atual quanto à exigência, que merece ser aprofundado no debate legislativo. Contudo, reiteramos que não é possível um posicionamento sobre o tema, tendo em vista que ainda não foi apreciado por esta Corte.

Atenciosamente,



Denise Regina Struecker
Diretora

Memo. DEC nº 035/2019

Florianópolis, 06 de setembro de 2019.

Da: DEC

Para: Diretoria Geral de Controle Externo - DGCE

Senhor Diretor Geral,

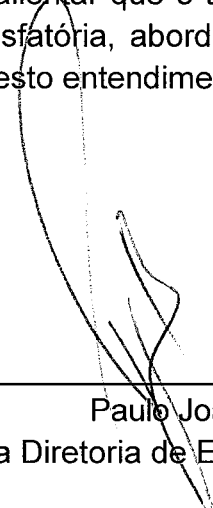
Em atendimento ao despacho datado de 05/09/2019, junto ao Protocolo nº 30916/2019, em que requer manifestação desta Diretoria acerca de eventual estudo a respeito da vantajosidade e conveniência da implantação de programa de integridade pelas empresas contratadas pela Administração Pública do Estado de Santa Catarina, entendo pertinente manifestar as seguintes informações:

- Não há, no âmbito da DEC, formalização de estudo específico acerca da situação proposta. Contudo, tem-se buscado de forma intrínseca na atuação do controle externo, em especial, quando a atuação ocorre junto as empresas estatais, a observância da Lei nº 13.303/2016. Tal dispositivo em seu artigo 32, inciso V, prevê como diretriz a ser observada nos contratos e licitações formulados, a consideração da política de integridade nas transações com partes interessadas.

Tal circunstância, considerando sua efetiva aplicação, garante que nas transações que envolvam a Administração Pública do Estado, ocorra a situação que é alvo do projeto de Lei proposto.

- É importante salientar que o teor expresso no Memorando DLC nº 091/2019 contempla de forma satisfatória, abordagem própria da situação no âmbito desta Corte, posição ao qual manifesto entendimento por sua pertinência.

Atenciosamente,



Paulo João Bastos

Diretor de Controle da Diretoria de Empresas e Entidades Congêneres



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
DIRETORIA DE CONTAS DE GESTÃO - DGE



Memo nº 0019/2019

Florianópolis, 11 de setembro de 2019.

Da: DGE

PARA: DGCE

Referente: Resposta Ofício GP/DL/0558/2019 – ALESC – PL. 0262.0/2019 – Programa de Integridade para Pessoas Jurídicas.

Prezado Diretor Geral,

Trata o presente Memo de informações desta Diretoria em relação ao Projeto de Lei nº 0262.0/2019, que “Dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências”.

O conteúdo do referido Projeto de Lei foi encaminhando ao Presidente desta Corte de Contas, Exmo. Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior, através do Ofício GP/DL/0558/2019, da lavra do Exmo. Deputado Julio Garcia, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, “a fim de obter manifestação sobre a matéria em exame”, conforme se extrai de seu conteúdo, protocolado sob o nº 30916/2019.

Assim que foi protocolado nesta Casa, o Ofício recebeu Despacho da Chefe de Gabinete da Presidência, encaminhando-o para manifestação, com brevidade, à Diretoria Geral de Controle Externo – DGCE, que por sua vez incitou a Diretoria de Licitações e Contratações - DLC - a se manifestar, o que se concretizou por meio do Memorando DLC nº 091/2019.

Dentre as informações trazidas pela Diretora da DLC em seu Memo, observa-se a sugestão de encaminhamento do referido Ofício GP/DL/0558/2019 para outras Diretorias do TCE, com intuito de verificar se existia estudo a respeito da vantajosidade e conveniência de programa de integridade pelas empresas contratadas”.

Assim, após Vosso Despacho acatando a sugestão da DLC, os documentos anteriormente citados aportaram nesta DGE, no sentido de que fossem realizadas considerações acerca do tema.

Sobre o assunto em tela, destaca-se que não há no âmbito desta Diretoria qualquer estudo acerca do tema, ainda que se reconheça a importância do mesmo. As considerações realizadas pela DLC em seu Memo, já citado, trazem, na opinião desta DGE, todas as informações relevantes sobre o tema, lembrando, por fim, que não é possível um posicionamento mais concreto em virtude de não haver

Ofício n. 656/2019

Florianópolis, 30 de setembro de 2019.

A Sua Excelência o Senhor

Deputado Estadual **JÚLIO GARCIA**

Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina

**À DIRETORIA LEGISLATIVA
PARA PROVIDÊNCIAS**

EM

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Eros Giordani
Chefe de Gabinete da Presidência

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Cumprimentando-o cordialmente, em atenção ao Ofício GP/DL/0557/2019, que solicita a manifestação do Ministério Público acerca do objeto do Projeto de Lei n. 0262.0/2019, sirvo-me do presente para encaminhar a Vossa Excelência o Ofício n. 0211/2019/CMA, contendo as informações prestadas pelo Dr. Fabrício Pinto Weiblen, Promotor de Justiça Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa.

Sendo o que tinha para o momento, aproveito a oportunidade para renovar votos de consideração e estima.

Atenciosamente,

FERNANDO DA SILVA COMIN
Procurador-Geral de Justiça

Lido no Expediente	
91ª Sessão de	02/10/19
Anexar a(o)	PL 262/19
Diligência	
Secretário	

Pesquisa SIG n. 0211/2019/CMA**Solicitação de Apoio n. 05.2019.00058836-8****Órgão de Origem: Procuradoria-Geral de Justiça**

Projeto de Lei Estadual n. 0262.0/2019. Exigência de Programa de Integridade das pessoas jurídicas que contratem com a Administração Pública Estadual. Matéria passível de questionamento por inconstitucionalidade formal (competência da União para edição de normas gerais sobre licitações e contratos) e material (restrição indevida à competitividade), embora também haja argumentos pela constitucionalidade da previsão. Considerações e alternativas.

I – Introdução: pertinência do questionamento à área de atuação do CMA

Trata-se de solicitação encaminhada pela Procuradoria-Geral de Justiça para que este Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa proceda à análise do Projeto de Lei n. 0262.0/2019, em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o qual trata da obrigação de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que contratarem com a administração pública do Estado.

A solicitação se enquadra no âmbito das atribuições deste Centro de Apoio Operacional, previstas no art. 1º, inciso I, do Ato n. 244/2019/PGJ,¹ o qual deverá ser atendido mediante o oferecimento de consultoria e apoio técnico-jurídico dentro de sua área de atuação, versando sobre assuntos que encerram razoável complexidade ou controvérsia (art. 6º, *caput*, e §§2º e 3º), além de se amoldar à hipótese prevista em sua Carta de Serviços, disponível na *Intranet* do MPSC, que prevê como ato de apoio deste órgão auxiliar a:

Realização de pesquisa, orientação e instrução referentes a questões jurídicas ou técnicas, estudos técnicos ou informações técnico-jurídicas,

¹ Ato n. 244/2019/PGJ disponível em: <https://portal.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2558>

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

bem como fornecimento de subsídios jurídicos e/ou técnicos, como peças processuais, peças extraprocessuais, legislação, decisões judiciais e extrajudiciais nas áreas afetas à defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público [...].²

Feitas essas considerações preliminares relativas à pertinência do tema à área da moralidade administrativa e do objeto da pesquisa solicitada às atribuições do CMA, passa-se ao enfrentamento das questões formuladas pelo órgão de execução.

II – Análise da solicitação: fundamentação jurídica

A – Da aplicação do Projeto de Lei n. 0262.0/2019 para as contratações feitas pelo Ministério Público de Santa Catarina

Expõe a ementa do Projeto de Lei:

Dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e dá outras providências.

Segue o art. 1º:

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade para todas as pessoas jurídicas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta, indireta ou fundacional do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder, com valor global superior a R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 1.430.000,00 (um milhão quatrocentos e trinta mil reais) para compras e outros serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico ou presencial.

Da leitura do art. 2º da Constituição Federal³ e do art. 32 da Constituição do Estado da Santa Catarina⁴, a literalidade dos dispositivos poderia levar à conclusão de que o Ministério Público ficaria excluído das previsões contidas no referido Projeto de Lei, por limitar suas disposições aos Poderes do Estado de Santa

² Carta de Serviços disponível em: http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/webforms/portal/principal.aspx?secao_id=1510

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ Art. 32. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Catarina. Entretanto, esta conclusão foge da melhor interpretação.

Segundo bem explica Alexandre de Moraes,

Note-se que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que **se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais**. Além disso, **exercem todas funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais**, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, **o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos**.

Lembre-mo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (*checks and balances*).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal.⁵ (grifou-se).

Mesmo adotando a clássica teoria de tripartição de Poderes, a Constituição de 1988 colocou o Ministério Público em situação igualitária aos Poderes de Estado, motivo pelo qual a interpretação que se deve ter é de que o Ministério Público também seria atingido pelo disposto na proposta legislativa.

Sem prejuízo, a redação do art. 1º do Projeto de Lei em análise poderia ser mais precisa, seguindo o exemplo de outros diplomas, para dispor de forma expressa que as previsões ali contidas se aplicam aos Poderes Executivo,

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 35. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 455.

Legislativo, Judiciário e ao Ministério Público.

B – Da correlação do objeto do PL com a Lei Anticorrupção

O Projeto de Lei, conforme expressa a *justificação* que o integra, tem inspiração na Lei Federal n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual *dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*, prevendo, em seu art. 7º:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;**
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e
- X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (grifou-se).

A Lei Anticorrupção, ao abordar o programa de integridade, confere-lhe o sentido de “bons antecedentes” da pessoa jurídica que praticou o ato contra a administração pública, sendo a análise de sua existência reservada para o momento da aplicação da sanção. Não há previsão expressa que exija sua existência prévia, mesmo que recomendável nos dias atuais.

A exigência de programa de integridade, no entanto, é objeto do Projeto de Lei n. 7.149/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual, alterando a Lei Anticorrupção, propõe:

Art. 4º-A. As pessoas jurídicas que celebrarem contrato com a administração pública deverão desenvolver programas de compliance a serem observados na definição de todas as estratégias da empresa.

Art. 4-B. Os programas de compliance deverão observar as seguintes diretrizes:

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

- I – os dirigentes ou administradores devem assumir a responsabilidade e o compromisso de combater e não tolerar a corrupção, em quaisquer de suas formas e contexto, inclusive a corrupção privada, extorsão e suborno;
- II – gerenciar e rever as políticas de gestão de pessoas, juntamente com os responsáveis pela área de gestão de capital humano;
- III – trabalhar na elaboração de manuais de conduta ética e desenvolver planos de disseminação do compliance na cultura organizacional;
- IV – viabilizar meios de controle interno para o monitoramento e gerenciamento de práticas empresariais;
- V – implantar linha de “Disque denúncia” anticorrupção, preservando o anonimato do denunciante;
- VI – atender aos requisitos legais e regulatórios;
- VII – instituir a cultura ética empresarial, desde o momento da contratação de novos colaboradores;
- VIII – estabelecer mecanismos que impeçam ou ao menos coíbam a prática de fraudes internas;
- IX – reforçar a mensagem corporativa da importância da ética, inibindo a má conduta;
- X – reduzir as vulnerabilidades que interfiram na manutenção de um ambiente ético;
- XI – realizar auditorias periódicas;
- XII – fica proibida a contratação de empresas ligadas direta ou indiretamente a agentes políticos;
- XIII – comprovada a gravidade da irregularidade, a denúncia deverá ser encaminhada ao Ministério Público para promover a apuração legal. (grifou-se).

O texto em tramitação na Câmara dos Deputados, no entanto, não condiciona a existência do programa de compliance/integridade a determinada modalidade e/ou valor de contratação. Exige de forma geral e irrestrita de todos aqueles que contratarem com a administração pública.

Inspirada na Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, Santa Catarina editou a Lei n. 17.715/2019, a qual *dispõe sobre a criação do Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual*, prevendo:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública em todos os órgãos e entidades governamentais no âmbito do Estado de Santa Catarina.

§ 1º O estabelecimento do Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública expressa o comprometimento do Estado de Santa Catarina com o combate à corrupção em todas as formas e contextos, bem como com a integridade, a transparência pública e o controle social.

§ 2º O Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública deve ser concebido e implementado de acordo com o perfil específico de cada órgão ou entidade pública estadual, e as medidas de proteção nele estabelecidas devem ser analisadas e implantadas de acordo com os riscos específicos de cada órgão ou entidade.

Art. 2º São objetivos do Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública:

- I – adotar princípios éticos e normas de conduta, e certificar seu cumprimento;
- II – estabelecer um conjunto de medidas de forma conexa, visando prevenir

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

possíveis desvios na entrega à população dos resultados esperados dos órgãos e entidades da Administração Pública;

III – fomentar a cultura de controle interno da administração, na busca contínua por sua conformidade;

IV – criar e aprimorar a estrutura de governança pública, riscos e controles da Administração Pública estadual;

V – fomentar a inovação e a adoção de boas práticas de gestão pública;

VI – estimular o comportamento íntegro e probo dos servidores públicos estaduais;

VII – proporcionar condições e ferramentas voltadas à capacitação dos agentes públicos no exercício do cargo, função ou emprego;

VIII – estabelecer mecanismos de comunicação, monitoramento, controle e auditoria; e

IX – assegurar que sejam atendidos, pelas diversas áreas da organização, os requerimentos e as solicitações de órgãos reguladores de controle.

Referida Lei Estadual segue a *mens legis* da Lei Anticorrupção, trazendo como obrigação uma conduta de retidão e ética por parte da administração pública estadual e de seus servidores, reforçando os princípios da administração pública já inscritos na Constituição Federal.

C – Do Projeto de Lei n. 0262.0/2019 e da possível inconstitucionalidade

Não se refuta que os programas de integridade/compliance propiciam e transmitem a ideia de comprometimento da entidade na prevenção e no combate à corrupção. Entretanto, o Projeto de Lei em apreço difere dos diplomas acima referidos na medida em que cria, para aqueles que contratarem com a administração pública, uma obrigação não prevista em lei de regência, no caso, a Lei n. 8.666/93.

O Projeto de Lei n. 0262.0/2019 prevê:

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade para todas as pessoas jurídicas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta, indireta ou fundacional do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder, com valor global superior a R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 1.430.000,00 (um milhão quatrocentos e trinta mil reais) para compras e outros serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico ou presencial.

§1º O valor previsto neste artigo poderá ser atualizado anualmente por ato do Chefe do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, utilizando índices oficiais.

§2º Aplica-se esta Lei em sua plenitude às pessoas jurídicas que firmem

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

relação contratual com prazo de validade ou de execução igual ou superior a 180 dias.

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei:

I – às sociedades empresárias e sociedades simples personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado;

II – às fundações e associações civis;

III – às sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou direito, ainda que temporariamente.

§1º As microempresas e empresas de pequeno porte terão tratamento diferenciado, nos termos da Lei Complementar federal n. 123, de 14 de dezembro de 2006, observado o disposto no §1º e 2º do art. 6º desta Lei.

§2º Na aplicação do disposto nesta Lei às empresas públicas e sociedades de economia mista, deve ser observada a Lei federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016.

[...]

Art. 4º A exigência do Programa de Integridade dá-se a partir da celebração do contrato, consórcio, convênio ou parceria público-privada de que trata o art. 1º

§1º Não é considerada como nova relação contratual, para fins de aplicação do prazo a que se refere o caput, a prorrogação ou renovação da relação contratual, ainda que por prazo superior ao previsto no art. 1º, §2º, e mesmo que o valor total contratado ultrapasse o limite estabelecido no referido dispositivo.

§2º Os custos e despesas com a implantação e manutenção do Programa de Integridade ficam a cargo da pessoa jurídica contratada, não cabendo ao órgão ou entidade contratante o seu ressarcimento.

Em uma primeira análise, pode-se afirmar que a matéria é passível de questionamentos acerca da existência de eventual inconstitucionalidade formal ou orgânica.

Segundo a Constituição Federal,

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (grifou-se)

Para Cretella,

Normas gerais é, a nosso ver, expressão que se contrapõe a *legislar sobre*, porque, ao passo que esta última é gênero, denotando uma legislação ampla, e ao mesmo tempo profunda, exaustiva, a expressão “normas gerais” caracteriza o direito da União de editar *regras essenciais* a programa ou plano. No texto constitucional, o constituinte alude a *normas gerais* sobre vários assuntos, mas o atributo “gerais” não tem função limitativa, como poderia parecer, a uma primeira análise, significando, tão-só, que o legislador recomenda ou permite aos estados-membros a complementação das normas genéricas ou parâmetros traçados pelo legislador central

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

federal. Se o Estado-membro edita “norma especial”, que conflite com as “normas gerais” federais, se anterior, está implicitamente revogada ou derogada; se posterior, traz, em si, a eiva de inconstitucionalidade, que pode ser arguida a qualquer tempo. **Em suma, “normas especiais estaduais” devem funcionar como se fossem “regulamento” das “normas gerais federais”**. Embora a União, nesse aspecto, não possa delegar função legislativa, o que o texto constitucional enseja, pode, no entanto, deixar “lacunas”, que a legislação periférica estadual preencha, desde que não crie direito novo, ou não postergue direitos⁶. (grifou-se).

A definição do alcance da expressão “normas gerais”, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, refere-se a “declarações principiológicas”, ‘diretrizes nacionais’ [...] que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”.⁷

A competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação justifica-se por se tratar de matéria de interesse nacional. Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que a centralização da competência para edição de normas gerais de licitação na União visa garantir “a uniformização de determinados princípios em todo o território nacional”.⁸

Aos Estados, Distrito Federal e Municípios, por conseguinte, incumbe suplementar as normas gerais, mediante normas específicas, preenchendo as lacunas eventualmente existentes na legislação federal e adaptando-a às suas realidades.

Poder-se-ia questionar, assim, que o Projeto de Lei sob análise acrescentaria verdadeiros requisitos para a contratação com a administração pública não previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93.

Afora normas esparsas, os contratos com a administração pública são regulados pela Lei n. 8.666/93, da qual se extrai:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. – Rio de Janeiro : Forense, 2009. P. 48

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, n. 100, p. 127-162, out/dez, 1988. p. 159.

⁸ Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 352.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal e trabalhista;
- V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Os artigos seguintes da referida lei descrevem de forma objetiva quais os documentos que podem ser exigidos para a comprovação da habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeiro e regularidade fiscal e trabalhista.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
- V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado).

a) (Vetado).

b) (Vetado).

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado).

I - (Vetado).

II - (Vetado).

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 11. (Vetado).

§ 12. (Vetado).

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º (Vetado).

Ao comentar o art. 27 da Lei n. 8.666/93, Marçal Justen Filho afirma que,

O art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem *numerus clausus* e são: habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e a comprovação da utilização regular do trabalho de menores.

Existem condições gerais já previstas na Lei, **cabendo à Administração especificar para o caso concreto o conteúdo da exigência, em face das circunstâncias de cada licitação.**

Porém, essas condições terão de ser reconduzidas a uma das categorias legais.

[...]

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais**

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

do que ali previsto, mas poderá demandar menos.⁹ (grifou-se)

Assim, caso se entenda que o Projeto de Lei cria verdadeiro requisito inovador, para além das exigências da norma federal, haveria inconstitucionalidade formal orgânica, por invasão da competência legislativa da União.

Para Dirley da Cunha Júnior:

A inconstitucionalidade formal compreende a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal propriamente dita. A inconstitucionalidade orgânica decore do vício de incompetência do órgão de onde provém o ato normativo.¹⁰

Na mesma linha, Gilmar Mendes:

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.¹¹

De qualquer forma, a obrigação proposta pelo Projeto de Lei n. 0262.0/2019 não é uma novidade. Como já referido na justificativa apresentada para o PL, outros Estados já aprovaram legislação semelhante, havendo divergência sobre a constitucionalidade da previsão.

Pinho, ao analisar legislações do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, entende haver possível inconstitucionalidade nas respectivas previsões:

Isso porque pode se aventar violação expressa à competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Inegavelmente, lei estadual criou uma condição especial para a assinatura de contrato administrativo, o que, em nosso modo de ver, acaba por criar restrição que somente poderia se veicular por meio de norma geral, de competência privativa da União.¹²

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993. – 18. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 670-672.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 343.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. – 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 1056/1057.

¹² 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: 23 de setembro de 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Sem prejuízo, Luiz Eduardo Altenburg Schramm faz ponderações pertinentes sobre o tema:

Como dito, alguns programas de integridade instituídos por empresas estatais preveem que o futuro contratado deva passar por uma “investigação” antes da formalização do contrato e, ato de corrupção em função da futura contratação. É o caso, por exemplo, da Due Diligence de Integridade (DDI) realizada pela Petrobrás para medir o Grau de Risco de Integridade (GRI) de todos os interessados em contratar com a Petrobras (PETROBRAS, 2018). O regulamento da estatal estabelece que, se o licitante não contar com um GRI previamente atribuído, ele deverá, na fase de habilitação, preencher o questionário de due diligence disponibilizado. O resultado da “investigação” pode resultar na desclassificação do licitante.

O mecanismo em questão institui uma espécie de etapa intermediária entre a licitação e o contrato, condicionando-o a uma análise prévia de determinadas características relacionadas à integridade do licitante, mediante critérios estabelecidos em normativas internas da Administração contratante ou pela própria autoridade investigativa. Ao fim e ao cabo, ainda que a empresa tenha preenchido todos os requisitos legalmente previstos para a habilitação, sagrando-se vencedora no certame, se a estatal antever risco na contratação daquele licitante específico, poderá, em tese, vetar a contratação. A ideia é aferir uma espécie de “risco de integridade” do licitante vencedor, e não propriamente identificar eventuais práticas de corrupção que exijam a imposição de outras sanções administrativas.

À primeira vista, salta aos olhos que esse procedimento investigativo atenta contra a razão de ser da licitação pública. É que, para além da obtenção da proposta mais vantajosa, o procedimento licitatório visa justamente assegurar a avaliação da idoneidade dos interessados em contratar com a Administração mediante critérios objetivos e em observância a princípios característicos de um sistema republicano, como legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia. **A previsão dessa segunda etapa de avaliação deturpa a lógica das licitações públicas, que já pressupõe a averiguação da idoneidade do futuro contratado.**

Na realidade, ainda que a due diligence de integridade esteja prevista no edital, **não é lícito que o próprio edital remeta a apreciação de requisitos de habilitação à subjetividade da Administração contratante, o que, logicamente, estaria em descompasso com o princípio do julgamento objetivo.** Na precisa lição de Joel de Menezes Niebuhr (2018, p. 54), “o edital não pode prestigiar critérios subjetivos. Destarte, são vedadas disposições que permitam ao órgão administrativo levar em conta distinções pessoais que provenham de seus agentes”.

[...]

Não é preciso dizer, aliás, que a ausência de critérios objetivos e a ampla competência discricionária atribuída aos agentes públicos responsáveis pela avaliação do “risco de integridade” abre, inclusive, oportunidade para a prática de novos desvios e atos de corrupção. É a conhecida máxima, já comprovada empiricamente segundo a fórmula de Robert Klitgaard (2000, p. 27), de que a corrupção, na condição de fenômeno, é o resultado da soma do monopólio do poder e da discricionariedade dos agentes estatais, menos transparência e responsabilidade ($C = M + D - A$). Todos esses elementos – concentração do poder, excesso de discricionariedade e pouca transparência – encontram-se presentes nas competências normalmente atribuídas ao agente responsável por aferir o risco de integridade.

Outrossim, ao instituir a possibilidade de a Administração Pública não contratar com o licitante vencedor, o due diligence de integridade também vulnera o princípio da adjudicação compulsória. Segundo esse

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

princípio, retratado no art. 61 da Lei nº 13.303/2016, a “empresa pública e a sociedade de economia mista não poderão celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação”. O licitante vencedor tem, portanto, direito subjetivo à adjudicação do contrato, o que obriga a Administração a contratá-lo, a menos que decida revogar ou anular o certame. Em todo caso, como ensina Hely Lopes Meirelles (1999, p. 33), ocorrendo “abuso ou desvio de poder no adiamento da adjudicação ou do contrato, ficará a Administração sujeita à correção judicial de seu ato ilegítimo e à reparação dos prejuízos causados ao vencedor lesado em seus direitos, conforme o caso”.

De mais a mais, verifica-se que a avaliação do licitante vencedor após a licitação, mediante due diligence de integridade previsto em programas de integridade e regulamentos internos, não encontra respaldo algum na legislação de regência e em especial nas Leis nºs 8.666/1993 e 13.303/2016. Tanto um quanto o outro diploma preveem taxativamente as hipóteses de inabilitação, em etapa destinada ao exame das características pessoais do licitante vencedor. Marçal Justen Filho (2014, p. 537) adverte que é “inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente”.

Mesmo os casos de impedimento de licitar e contratar, também conhecidos como condições de participação em sentido estrito, estes encontram-se delineados em numerus clausus nos arts. 38 e 44 da Lei nº 13.303/2016 e na legislação esparsa. Ainda segundo Marçal Justen Filho (2014, p. 537), “a avaliação das condições de participação (em sentido estrito) sujeita-se ao regime próprio dos requisitos de habilitação”. Não há previsão legal para a realização de due diligence de integridade, motivo pelo qual esse procedimento afronta o princípio da legalidade.

Ainda sob o norte da legalidade, não é dado ao edital – e muito menos à gerência de compliance – valorar as condenações e as penalidades administrativas aplicadas aos licitantes no passado de modo a atribuir-lhes outros efeitos que não aqueles que já lhes foram impostos pelo ordenamento jurídico. Noutras palavras, a Administração não pode simplesmente recusar a participação na licitação de uma empresa com base em uma condenação cuja respectiva penalidade já tenha sido aplicada e devidamente cumprida. Também não pode recusar contratar com uma empresa que tem, contra si, uma penalidade administrativa vigente, mas cujos efeitos, por disposição legal, não se estendem à Administração contratante.

Afora os casos de desclassificação, inabilitação, impedimento de licitar e contratar já definidos em lei, não subsiste qualquer espécie de competência discricionária para a Administração contratante instituir novas hipóteses de exclusão dos licitantes que aportaram ao certame, principalmente após concluída a fase de disputa da licitação.¹³ (grifou-se);

Deve-se avaliar, portanto, se as obrigações instituídas pelo Projeto de Lei enquadraram-se no conceito de normas gerais de licitações e contratos.

Ao conceituar “normas gerais”, Justen Filho leciona:

Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza

¹³ ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de; SCHRAMM, Fernanda Santos. A natureza jurídica das cláusulas anticorrupção nas contratações públicas. *Web Zênite ILC*, set. 2018. Disponível em: <<https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/8e31a081-f6a4-4b1b-886f-4868aa23a9e2>>.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: (a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; (b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; (c) requisitos de participação em licitação; (d) modalidades de licitação; (e) tipos de licitação; (f) regime jurídico de contratação administrativa.¹⁴

O STF já decidiu pela inconstitucionalidade de normas estaduais que estabeleciam restrições de participação em licitações além daquelas trazidas pela legislação federal.

O primeiro precedente tratava de lei que estabelecia vedação à participação em licitações no caso de empresas que discriminassem na contratação de empregados inscritos em cadastros de restrição ao crédito, em que a norma foi considerada inconstitucional tanto por vício formal (competência legislativa) quanto por vício material (restrição indevida à concorrência):

Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminaram na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada.

1. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I).

2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República – norma de observância compulsória pelas ordens locais – segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a “igualdade de condições de todos os concorrentes”, o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério – o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso. (STF - ADI 3.670-0). (grifou-se). (STF - ADI 3.670-0). (grifou-se).

O segundo precedente tratava de exigência, como requisito de habilitação, de certidão negativa de violação a direitos do consumidor:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 16.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.
2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilíbrios entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.
3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local.
4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF).
5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF – ADI 3735).

Por outro lado, há quem sustente um conceito mais restrito de "normas gerais", as quais significariam apenas requisitos mínimos trazidos pela legislação de competência da União, sem prejuízo da exigência de outros pela legislação estadual, desde que adequados aos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal.

Sobre esse entendimento, compartilhado por ao menos dois dos atuais Ministros do STF:

A discordância à ampliação do conceito de normas gerais de licitação e contratação encontra suporte no voto dissonante do ministro Marco Aurélio — que, ressalte-se, foi acompanhado pelo ministro Celso de Mello — contido no próprio acórdão da ADI no 3.735/MS, que julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei no 3.041/2005, do Estado de Mato Grosso do Sul. Diante disso, convém regressar ao acórdão em comento. [...]

O ministro Marco Aurélio, então, enfatiza a expressão “mínimos”, não se esgotando na legislação de competência privativa da União, na sua linha de raciocínio, todos os requisitos de contratação. Fundamentando-se, ademais, na extensa proteção ao consumidor que foi dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, encerra: “a meu ver, o Estado atuou, atuou em campo alusivo à defesa do consumidor e atuou sem inobservar as normas gerais, editadas pela União, visando a protegê-lo; atuou a partir de

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

razoabilidade, na espécie, proporcionalidade.”¹⁵

Por essa perspectiva, pode-se entender que, ao privilegiar e estimular a adoção de programas de integridade, haveria observância aos princípios da moralidade e da probidade, o que estaria em plena conformidade com a Constituição Federal. Nesse sentido, Rodrigo Pironti afirma:

Ora, com todo acato, a exigência de Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública não tem nenhuma inconstitucionalidade formal, já que a exigência está em plena conformidade com as diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade, os quais, inclusive, justificam a publicação destes atos normativos mediante a exigência de estruturas que comprovem o interesse e o compromisso das contratadas no combate a fraudes e em políticas de integridade.¹⁶

Ainda no sentido da constitucionalidade da previsão proposta, pode-se argumentar que, ao contrário das normas objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, o Projeto de Lei sob análise não estabelece uma restrição para toda e qualquer contratação, mas, pelo contrário, restringe a exigência apenas a uma pequena parcela dos contratos: de maior valor e de execução por prazo relativamente longo. Daí por que não se trataria de normas gerais de licitações e contratos.

De fato, em sentido similar a essa ponderação, extrai-se do último precedente do STF, acima citado:

De outro lado, é necessário ter presente que a competência legislativa dos Estados-membros para criar requisitos de participação em licitações não pode comprometer a competência federal para fazer o mesmo, pois esta última tem clara precedência (art. 22, XXVII). A definição que se impõe, nessas circunstâncias, é a respeito das consequências dessa posição de preferência da lei nacional.

Uma das consequências certamente está relacionada com o âmbito material de regulação da norma local. **É que somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de**

¹⁵ 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404.

¹⁶ PIRONTI, Rodrigo. Obrigatoriedade de compliance e a aplicação de multa nas contratações com o Poder Público: nada de inconstitucional. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 299, p. 5, jan. 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

interesse local. É o que pode suceder com obras de infra estrutura de alta complexidade ou fornecimento de bens em grande escala, por exemplo. A aprovação de diplomas locais com esses desígnios tem o benfazejo efeito de padronizar as exigências rotineiramente praticadas pela administração estadual em licitações específicas, estabilizando as expectativas dos respectivos participantes.
[...] (grifou-se).

Sobre o ponto, leciona a doutrina:

Daí resulta que o legislador estadual (ou municipal), ao tratar do assunto, deve ter a cautela de, reprise-se, legislar a partir da Lei no 8.666/1993, e não ir de encontro aos seus preceitos. As condicionantes porventura estabelecidas devem, portanto, ater-se a uma classe de objetos contratados (como, e.g., obras de infraestrutura de alta complexidade) ou a peculiaridades do local. Exigir aos que contratassem com o poder público estadual uma CVDV, como intentava a Lei no 3.041/2005, do Estado de Mato Grosso do Sul, era regra por demais ampla para se enquadrar em quaisquer das exceções supracitadas. [...]

Dessarte, ao exigir requisito genérico e inteiramente novo, a lei sul-mato-grossense não teria desdobrado os requisitos constantes no rol do art. 27 da Lei no 8.666/93 para a contratação de uma classe de objetos ou a adequação deles a peculiaridades do local. Ao fazê-lo, o legislador estadual acabou por afrontar, conforme entendimento da maioria dos ministros do STF, a competitividade e a igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI da CF/88), que, além de normas gerais, podem ser consideradas princípios basilares do procedimento licitatório.¹⁷

Ou seja, ao limitar a exigência apenas a parte das contratações, que seriam mais complexas, o PL poderia ser enquadrado na ressalva estabelecida pelo próprio STF como norma não geral, de modo que, por essa interpretação, a previsão proposta seria formalmente constitucional.

Além disso, pode-se argumentar também que o PL não estabelece requisito prévio à participação na licitação, nem tampouco exige requisito prévio à contratação. O que a lei prevê é que o vencedor da licitação, no momento da contratação, terá que se comprometer com a implantação de um programa de integridade, o que não configuraria norma geral de licitações e contratos (afastando a inconstitucionalidade formal), tampouco restrição à concorrência (afastando a inconstitucionalidade material), na medida em que qualquer empresa, em tese, poderia participar do certame, ainda que não tivesse previamente um programa implantado e em execução.

¹⁷ 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404.

Nesse sentido, embora entendam inconstitucional eventual norma que estabeleça o programa de integridade como requisito prévio, Assis e Schramm sustentam a constitucionalidade da previsão de compliance após a formalização do contrato (como obrigação de implementação de programa de integridade):

Noutro vértice, não se vislumbra maior óbice à cláusula anticorrupção que obriga o contratado a implementar programa de integridade após a formalização do contrato. Note-se que tal disposição contratual, além de alinhada ao princípio da moralidade, não vulnera a isonomia, pois não impede a participação de eventuais interessados, com a condição de que a obrigação de implementar o programa de integridade seja consequência da formalização do contrato e possa ser realizada em um prazo razoável.

Nesse caso, cabe aos licitantes que ainda não dispõem de programas de integridade evitar os prejuízos financeiros decorrentes do cumprimento dessa obrigação contratual por meio da precificação dos custos inerentes à implementação do mecanismo dentro da margem de lucro retratada em suas propostas. O que não se admite é a posterior alegação de desequilíbrio econômico-financeiro, eis que não se trata de fato superveniente. A obrigação de implementação do programa de integridade, estando prevista na minuta do contrato que acompanha o edital, já se encontra inserida entre os encargos originariamente assumidos pelo particular quando da formalização do contrato.

Com base nessas premissas, salta aos olhos a inconstitucionalidade dessa mesma exigência de programa de integridade quando formulada, no edital da licitação, como requisito de habilitação ou critério de classificação das propostas. É que a exigência de programa de integridade antes da formalização do contrato restringe, desnecessariamente e sem previsão legal, o número de possíveis licitantes hábeis a apresentar proposta, violando o caráter competitivo do certame e os princípios da legalidade e da isonomia.

Sob esse aspecto, importa rememorar que a Administração Pública não tem ampla discricionariedade para instituir qualquer exigência pertinente à pessoa do contratado para participar da licitação (habilitação). Nas empresas estatais, o art. 58 da Lei nº 13.303/2016 prevê taxativamente os parâmetros de habilitação, e nenhum deles se relaciona à implementação de programa de integridade. Nem se diga que a comprovação da prévia implementação do programa de integridade poderia ser exigida como requisito de qualificação técnica, porquanto o próprio enunciado normativo restringe esses requisitos “a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes”, o que não é o caso.

Do mesmo modo, nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993, prevalece a compreensão de que “as exigências de habilitação devem ser somente as previstas nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, não sendo permitido à Administração formular outras que não encontrem amparo legal, sob pena de vulnerar o princípio da legalidade” (NIEBUHR, 2012, p. 369). Não bastasse, mesmo que se cogitasse de eventuais alterações legislativas, também estas estariam vinculadas à observância dos limites instituídos pela parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que somente autoriza exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A toda evidência, o legislador federal, no exercício da competência privativa da União prevista no inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal 25, limitou de forma taxativa o rol de documentos de habilitação previstos nos arts. 28 a

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

32 Lei nº 8.666/1993 para a Administração direta, autárquica e fundacional, bem como os parâmetros de habilitação previstos no art. 58 da Lei nº 13.303/2016 para as empresas estatais. Não parece que haja competência legislativa remanescente em matéria de requisitos gerais de habilitação que possa ser exercida, a título suplementar, pelos estados e municípios. Portanto, será inconstitucional, por vício de competência, eventual lei estadual ou municipal que amplie esses parâmetros de habilitação estabelecidos pelo legislador federal, instituindo a obrigação de implementar programas de integridade àqueles que queiram participar de licitações.¹⁸ (grifou-se).

Assim, embora seja clara a possibilidade de questionamentos, há argumentos para se sustentar que a previsão legal proposta não incorreria em inconstitucionalidade formal ou material, pois não trataria de normas gerais de licitação e contratos (seria restrita a pequena parcela das contratações, com características próprias em termos de complexidade – valor elevado e prazo dilatado) e não restringiria a concorrência indevidamente (todos poderiam participar da licitação, mas, quando da contratação, deverão firmar o compromisso de implementação do programa de integridade)¹⁹.

Em reforço, não se tem notícia de que a legislação similar de qualquer dos demais estados tenha sido questionada formalmente quanto a esses pontos, em que pese haja previsões ainda mais questionáveis (por exemplo: restrições inclusive para contratos de menor vulto²⁰; exigência de programa de integridade para contratos em andamento²¹).

De qualquer forma, há também alternativas que podem ser avaliadas

¹⁸ ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de; SCHRAMM, Fernanda Santos. A natureza jurídica das cláusulas anticorrupção nas contratações públicas. *Web Zênite ILC*, set. 2018. Disponível em:

<<https://www.webzenite.com.br/documentosciente/8e31a081-f6a4-4b1b-886f-4868aa23a9e2>>.

¹⁹ Em sentido aparentemente contrário: "Em terceiro lugar, destaca-se que mesmo que as leis mencionadas não venham a estabelecer que a existência de programas de compliance como um requisito de habilitação ou de participação na licitação, todavia, na fase de assinatura contratual, a exigência acaba por privilegiar, inegavelmente, as empresas que já venham a possuir tais mecanismos de integridade, normalmente grandes empresas, em prejuízo ao preceito de competitividade nos procedimentos de contratação pública." (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: 23 de setembro de 2019.)

²⁰ A Lei n. 6.112/2018 do DF estabelecia inicialmente a obrigatoriedade para contratos com valores "estimados entre R\$80.000,00 e R\$650.000,00" (art. 1º), cuja redação foi alterada pela Lei nº 6.308, de 13/6/2019 para "valor global ou superior a R\$ 5.000.000,00". A Lei n. 7.753/2017 do RJ estabelece a restrição para contratos com valores de "R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços" (art. 1º).

²¹ A Lei n. 6.112/2018 do DF estabelecia inicialmente a obrigatoriedade também "aos contratos em vigor com prazo de duração superior a 12 meses" (art 2º, II), o que foi excluído pela Lei nº 6.308, de 13/6/2019.

para contornar eventuais vícios em normas sobre o tema, tema que será tratado no próximo ponto.

C – Das possíveis alternativas

Diante dos possíveis questionamentos a previsões similares àquela do PL objeto de análise, a doutrina tem aventado alternativas à obrigatoriedade de programas de integridade.

Uma delas seria o estabelecimento da existência de programa integridade como um diferencial de pontuação no caso de licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço.

Nesse sentido:

Nada impede, contudo, que a comprovação da existência de um programa de integridade possa figurar como critério de pontuação de propostas técnicas, em licitações que funcionam sob critérios de técnica e preço ou melhor técnica. Será perfeitamente admissível que exigências assim possam constar dos editais de licitação, com fundamentos no inc. I do §1º do art. 46 da Lei nº 8.666/93.²²

Também é esse o entendimento de Araripe e Machado:

No que concerne especificamente ao regime de licitações e contratações pelo poder público, pode-se sugerir, ainda, que a existência de programa de integridade figure como critério de pontuação nas licitações e contratações realizadas pela Administração Pública sob os tipos de melhor técnica e técnica e preço, tudo em consonância com o art. 46, §1º, I da Lei nº 8.666/93. [...]

Assim, em querendo uma melhor pontuação no procedimento licitatório, a empresa poderia declarar a existência do programa, que, então, seria avaliado pela comissão de licitação. Se, por sua vez, quiser participar da licitação empresa que não tiver programa de integridade, a ela será permitida não somente a participação como a contratação na hipótese de ter sido consagrada vencedora do certame.²³

O Tribunal de Contas da União, ao analisar a exigência de certificação da

²² GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 214. *Apud* 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404

²³ 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

ISO 9001 como condição de habilitação em licitações, entendeu irrazoável o afastamento de licitantes que não tivessem essa certificação, todavia, considerou possível o estabelecimento desse aspecto como critério de pontuação:

Afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto. **Por outro lado, não há óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação à licitante, o que permite reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos nas normas pertinentes**” (TCU, Acórdão n.º 1085/2011-Plenário, TC-007.924/2007-0, Rel. Min. José Múcio, j. em 27.04.2011) (grifou-se). (grifou-se).

No mesmo sentido:

Entende-se que seria muito mais adequada a utilização dos programas de compliance como um critério para a pontuação das propostas, quando da utilização do tipo de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 46, § 1º, I, da Lei 8.666/1993), e não como uma condicionante à assinatura contratual.²⁴

Outra alternativa seria conferir à pessoa jurídica que tenha um programa de integridade uma preferência quando da contratação: em eventual disputa entre empresas, teria preferência aquela que comprovadamente tenha um programa de integridade/compliance efetivo.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar pela constitucionalidade de norma estadual que estabeleceu a preferência em todas as contratações de determinado objeto:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração

²⁴ 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: 23 de setembro de 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII). 2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo. 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas. 4. **A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração.** 5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, caput e 70, caput) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (STF – ADI 3059). (grifou-se).

Aprofundando os motivos pelos quais não se considerou invasão de competência legislativa da União, tampouco restrição indevida à concorrência, colhe-se do voto do Relator, Min. Ayres Britto:

Desde que não contrariem a legislação geral, os Estados e o Distrito Federal dispõem de um campo relativamente vasto de legiferação suplementar. É o caso dos autos: o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, lei que “estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos”, determina que, para a contratação de bens e serviços de informática, a Administração Pública adote, obrigatoriamente, o tipo de licitação técnica e preço. 3 Ora, a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não contraria essa regra, mas apenas adiciona (suplementa) um item a ser observado, no âmbito estadual, pelos órgãos e entidades da Administração: a preferência por um programa (software é isso) que reúna determinadas características. Foi como procedeu a União, por sinal, ao dispor, mediante o art. 3º da Lei nº 8.248/91, que “os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo” (ou seja, a Lei nº 11.871/2002 dispôs, para a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, algo parecido com o que a Lei nº 8.248/91 estabeleceu para os órgãos e entidades da Administração Federal; ambas as leis – a federal de nº 8.248/91 e a estadual de nº 11.871/2002 – veiculam normas suplementares às normas gerais da Lei nº 8.666/93). [...] 20. Feito esse necessário esclarecimento, retorno à seguinte questão: ao determinar que os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul utilizassem “preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição”, a Lei nº 11.871/2002 agrediu os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade? A lei estabeleceu tratamento diferenciado em benefício de alguns concorrentes, desequilibrando, assim, o processo licitatório? 21. Amadurecida a reflexão desde o julgamento da medida cautelar, hoje estou convencido de que a resposta é negativa. **Isto porque todos os que hajam desenvolvido um software e que tenham interesse em contratar com a Administração Pública podem se adequar à preferência legal. Basta que disponibilizem o código-fonte do programa. Podem concorrer desde as conhecidas multinacionais estrangeiras até as pequenas empresas brasileiras, sem que a preferência por um software “livre” seja obstáculo a nenhuma delas.**

No mesmo sentido, mas com considerações complementares, assim votou o Min. Fux:

In casu, não se verifica qualquer abuso. É que, como visto, a preferência pelo software livre não traduz qualquer vantagem para determinado produto. Na realidade, por “software livre” quer-se designar apenas um arranjo contratual específico de licenciamento, e não certo bem material ou imaterial. Arranjo esse que, como se verá, tende a, em regra, potencializar as vantagens da contratação para a Administração Pública, o que, per se, justifica sua preferência em abstrato. **De todo modo, veja-se que a opção, em abstrato, por determinado tipo de avença não configura norma geral. É que a definição do contrato adequado para a satisfação do interesse público consubstancia matéria que pode ser definida diretamente pelo edital de abertura do procedimento. É lícito e legítimo que o Poder Público opte por adquirir licenças de software livre ao invés de software proprietário, desde que identifique maior idoneidade e economicidade da primeira opção na busca do atingimento do interesse público. Seria plenamente válido que a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul optasse por contratar apenas licenças amplas, que permitissem ao Poder Público obter acesso ao código-fonte dos programas de computador adquiridos. Não há nada que impeça a Administração a preferir um tipo de contrato a outro.** Como pontuou o Min. Ayres Britto, “a Administração dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor)”. **Ora, se a opção pode ser feita por ato administrativo, pode ser feita por lei estadual sem que isso importe usurpação de competência legislativa da União para editar normas gerais sobre o tema. E a razão aqui é óbvia: se o ordenamento jurídico se articula em forma de pirâmide, são as normas gerais editadas pela União que, em matéria de licitações e contratos administrativos, vinculam, logo após a Carta Constitucional, todas as demais condutas dos poderes constituídos nesse campo temático. Seria, portanto, um contrassenso admitir que a Administração pudesse realizar licitação com o objetivo de contratar exclusivamente software livre, mas a lei local, que se sobrepõe hierarquicamente ao edital (enquanto mero ato administrativo), não pudesse impor obrigatoriedade nesse mesmo e exato sentido.** O que é vedado por “norma geral” impede tanto a atuação do legislador local como a do administrador local. Não faz sentido embargar apenas aquele e não este, sobretudo em virtude da posição hierárquica que cada qual desfruta na teoria das fontes (grifou-se).

Em verdade, as mesmas considerações acima transcritas podem ser utilizadas para sustentar a constitucionalidade do Projeto de Lei objeto desta análise. O raciocínio de que um simples edital poderia prever a exigência de um programa de integridade e, portanto, se a lei (ato hierarquicamente superior) o estabelecer, não poderia ser qualificada como "norma geral", seria plenamente aplicável à norma proposta, em especial se considerado que não há restrição à participação e nem à contratação de empresas que não tenham previamente um programa de compliance (já que a implementação é exigida apenas posteriormente ao contrato).

Como diferença perceptível entre os casos, pode-se aventar apenas que, no caso julgado pelo STF, havia uma limitação temática das licitações abrangidas pela norma (e não apenas de valor ou duração do contrato), e a restrição estabelecida (preferência por software livre) era intimamente vinculada ao objeto da própria licitação (ao contrário do programa de integridade, que se apresenta mais como uma medida instrumental em relação ao objeto da licitação, para evitar e detectar eventuais ilícitos).

Daí por que poderia haver questionamentos em relação ao PL ora apreciado, conforme exposto no item anterior, mas também no caso de se estabelecer uma simples preferência, sob o argumento de que não se aplicaria o referido precedente do STF.

D – Considerações sobre o mérito da proposta

Feitas essas considerações sobre eventuais vícios de inconstitucionalidade que poderiam ser suscitados, devem ser expostas também algumas considerações sobre a conveniência da proposta.

Uma primeira preocupação reside nos denominados "programas cosméticos" ou "programas de fachada", que, conforme a doutrina, estariam presentes em duas hipóteses principais: (a) o programa de integridade que se utiliza de mecanismos superficiais, apenas para transmitir uma imagem idônea aos órgãos de controle; (b) o programa de integridade que é implementado de forma até complexa, com grandes investimentos, mas que, na prática, não tem aplicação

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

efetiva pela empresa²⁵.

Isso é ainda mais presente porque não é viável que uma legislação imponha minúcias sobre os requisitos de programas de compliance. O programa deve ser adequado especificamente a cada atividade econômica, e não cabe a uma norma abstrata estabelecer requisitos minudentes, sob pena de inefetividade.

Sobre o tema:

Para que um programa [de] compliance possa contribuir para a conformidade com as leis e repercutir favoravelmente na responsabilização da pessoa jurídica e das pessoas físicas, ele deve ser efetivo. Numa ótica de autorregulação regulada, não cabe determinação minudente por parte do Estado sobre como devem ser esses programas. Isso além de não ser possível, não seria igualmente recomendável. Apenas estruturas fundamentais devem ser indicadas na legislação²⁶.

Daí por que a proposta legislativa traz apenas os requisitos mínimos do programa, sem ser capaz de garantir a efetividade da medida apenas com tais exigências.

Surge, portanto, um problema de fiscalização da efetividade do programa a ser implementado, sob pena de dar margem à admissão de "programas de fachada", conforme já mencionado.

Para tanto, deverá haver uma estrutura permanente de fiscalização de programas de integridade, que gerará custos para o Poder Público:

Como cediço, os programas de integridade são deveras custosos. Por isso, uma obrigação de tão significativo impacto e reflexo nas operações cotidianas de inúmeras empresas pode vir a impulsionar o surgimento de programas de integridade "de fachada", isto é, que existem tão-só no papel para que a empresa possa contratar com a Administração Pública. Daí a importância de um sistema de avaliação dos programas de integridade. Hodiernamente, esses programas são avaliados pontualmente, quer seja no momento em que a empresa voluntariamente o submete ao programa empresa pró-ética, referido alhures, quer seja quando a empresa invoca a sua existência para fins de cálculo na aplicação das sanções da Lei no 12.846/2013 (art. 7º, VIII c/c parágrafo único). A obrigatoriedade da existência de um programa de integridade para a celebração de contratos com a administração pública obviamente provocará um expressivo acréscimo na necessidade de avaliação desses programas, devendo o poder público estar pronto. Isso significa dizer que deve haver uma estrutura

²⁵ MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017 (livro eletrônico), p. D157.

²⁶ VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 272-273.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA
permanente e profissionais autônomos e capacitados para tanto²⁷.

Além dos custos para a fiscalização da efetiva implantação de um programa de integridade pelo contratado, o próprio custo da implantação do programa de compliance, que em certos casos é alto, será, invariavelmente, repassado à Administração Pública, ainda que a lei ora proposta preveja que, formalmente, não haverá ressarcimento pelo ente público dos valores despendidos com o programa de integridade (art. 4, § 2º). Ora, cientes os interessados de que terão que implementar o programa caso contratados, irão embutir o custo respectivo nas propostas, com risco de encarecimento das contratações para o Poder Público²⁹.

De outro lado, argumenta-se que, ainda que haja o repasse de tais custos, ainda assim um programa de compliance bem implementado reduzirá desperdício de recursos públicos com práticas ilícitas, de modo que, mesmo sob o aspecto econômico, sua exigência seria recomendável:

Ainda que as pessoas jurídicas incorram em custos com a implementação do programa de integridade e esses sejam repassados para as propostas e consequentes parcerias firmadas pela administração pública, esses gastos não se comparam aos elevados custos que a corrupção enseja para o Estado e para a sociedade, em desvios de vultosos recursos públicos, de modo que, se o programa de integridade efetivo contribuir para a redução da corrupção nas parcerias administrativas estatais, o eventual custo citado já estará mais do que justificado, sob a ótica dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, eficiência e economicidade nas parcerias administrativas.³⁰

²⁷ 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404.

²⁹ Nesse sentido: 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404.

³⁰ SOUZA, Horácio Mendes Augusto 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, 2017, p. 161.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Por fim, pode-se questionar até mesmo a eficácia da imposição coercitiva, por meio de lei, como medida de estímulo à implementação de programas de integridade, diante de outras alternativas menos questionáveis:

Sob essa ótica, *nudge* é a sutil interferência no comportamento de outrem, sem fazer uso de proibições, restrições ou vultosos incentivos financeiros, respeitando, assim, a sua liberdade de escolha. Centra-se no paternalismo libertário, segundo o qual ao poder público e instituições privadas é legítimo influenciar as escolhas das pessoas, guiando-as para uma vida mais longa, saudável e melhor, contanto que a liberdade delas seja preservada.

E como seria uma política pública de incentivo à implementação de programas de integridade para empresas que pretendam contratar com a Administração Pública baseada em *nudges*? Seis ideias foram lançadas. A primeira delas, a disponibilização na internet —se possível, no portal da transparência— de uma listagem com as instituições públicas e privadas que possuem contratos com a Administração Pública possuidoras de programas de integridade. Poder-se-ia, inclusive, ir além e relacionar aquelas que já tiveram os seus programas avaliados como efetivos pela Administração Pública. É, ressalte-se, basicamente o que tem sido feito no programa empresa Pró-Ética. Em segundo lugar, destacou-se a publicidade negativa resultado da condenação de uma empresa em atos de improbidade administrativa. Nesse contexto, vale registrar o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). A terceira ideia foi tornar acessível e de fácil compreensão não somente os custos associados à corrupção como a sua repercussão a nível de políticas públicas. Apesar de inúmeros estudos sobre a corrupção terem sido disponibilizados na internet para o acesso de quem sobre eles tiver interesse, o ritmo acelerado cotidiano nem sempre permite que as pessoas se inteirem de tudo o que as interessam e, sem informação, acabam não tendo reação. Daí o préstimo de se compilar e se transformar valores e percentuais em perdas concretas em políticas públicas. Alvitrou-se, em quarto lugar, a inserção da existência e aplicação de um programa de integridade como critério de pontuação em licitações que funcionam sob critérios de técnica e preço ou melhor técnica. Empós, sugeriu-se que a Administração Pública aclarasse o seu comprometimento com os planos de integridade e o enfrentamento da corrupção a partir não apenas da adoção, pelos próprios entes federados, de programas de integridade como da regulamentação da Lei nº 12.846/2013 no âmbito dos Estados e Municípios.

[...]

Os especialistas que discordam do dever, por imposição legal, de se ter programa de integridade para firmar contratos com o poder público se baseiam, basicamente, no tripé: efetividade, arriscando o surgimento de programas “de fachada”; necessidade de se ter uma estrutura permanente e profissionais autônomos e capacitados para a avaliação dos programas de integridade; e transferência dos custos de implementação dos programas para as propostas e parcerias firmadas com a Administração Pública.

A conclusão a que se chega é a de que, nada obstante a adoção desses programas pelas empresas que se relacionem com a Administração Pública em muito beneficiaria ela e a toda a sociedade — o que aqui não se discute, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de ferramentas outras (diferenciadas do ato de pura e simplesmente exigir), menos controversas, das quais se pode fazer uso.

Uma política pública baseada em *nudges*, como a apresentada neste artigo, seguramente pode acelerar a implementação de programas de integridade nas empresas que com eles queiram se relacionar. Tudo isso de forma menos controversa, antipática, imposta e, para alguns,

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

até mais eficaz —apesar de indiscutivelmente mais lenta.

Dá-se a predileção é por uma mudança de cultura, pospondo-se a pura e simples obrigatoriedade. É definitivamente o caminho mais longo a se percorrer.³¹ (grifou-se)

Constata-se, portanto, que, além de questionamentos sobre vícios de ordem constitucional, o próprio mérito da proposta apresentada levanta algumas preocupações, cuja conveniência merece ser avaliada, em que pese o propósito elogiável da proposta.

III – Conclusão

À luz do exposto, pode-se concluir que:

a) a proposta pode sofrer questionamentos a título de inconstitucionalidade formal, por suposta invasão à competência legislativa privativa da União a respeito de normas gerais de licitações e contratos (CF, art. 22, XXVII), embora haja argumentos que permitem sustentar a constitucionalidade da norma pretendida, em especial por se tratar de exigência que não infringe a legislação federal, é destinada a pequena parcela das contratações e está de acordo com os objetivos da Constituição Federal no tocante à moralidade administrativa;

b) a proposta pode sofrer questionamentos a título de inconstitucionalidade material, por restrição indevida à concorrência nas contratações públicas (CF, art. 37, XXI), mas, da mesma forma, considerando que não veda a participação de empresas no certame nem tampouco a contratação, apenas exigindo a implementação do programa de integridade após a celebração do contrato, há argumentos em sentido contrário;

c) a doutrina sugere possíveis alternativas em tema de licitações e contratos, que, em tese, estariam menos sujeitas a questionamentos, tais como: estabelecimento do compliance como critério de pontuação nos tipos de licitação que envolvam técnica; e a previsão de preferência por contratação de empresas com programas de integridade (alternativas estas que também não estão livres de críticas e dificuldades);

d) quanto ao mérito da proposta, reconhece-se que os programas de

³¹ 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. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.385-404

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

integridade/compliance são importantes instrumentos de prevenção e de combate à corrupção, porém, sua imposição, de forma coercitiva, para aqueles que contratem com a administração pública pode não ser a melhor estratégia e depende de avaliação de conveniência, notadamente por: haver riscos de programas de integridade "de fachada"; demandar fiscalização intensa por parte do poder público, com necessidade de equipe permanente para tanto e investimentos correspondentes; implicar o repasse dos custos da implantação dos programas de integridade para a Administração Pública ("embutidos" nas propostas), com possível encarecimento das contratações.

Assinala-se, por fim, que as informações prestadas por este Centro de Apoio Operacional, órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, não possuem caráter vinculativo, conforme estabelece o art. 33, inc. II, da Lei Federal n. 8.625/1993, e art. 55, inc. VI, da Lei Complementar Estadual n. 738/2019, incumbindo ao órgão de execução a análise quanto à pertinência e aplicabilidade da resposta.

Florianópolis, 25 de setembro de 2019.

[assinado digitalmente]
Fabrício Pinto Weiblen
Promotor de Justiça
Coordenador do CMA

Eduardo Varella Viecei
Assessor de Gabinete
Assessoria Técnica e Administrativa do CMA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Ofício n. 3326/2019-GP

À DIRETORIA LEGISLATIVA
PARA PROVIDÊNCIAS
EM, 15/10/19
SECRETÁRIA-GERAL

A Sua Excelência o Senhor
Deputado JÚLIO GARCIA
Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina
Florianópolis – SC

Angela Aparecida Bez
Secretária-Geral
Matrícula 3072

Assunto: Ref. Ofício GP/DL/0556/2019 - Projeto de Lei nº 0262.0/2019

Senhor Presidente,

Em resposta ao ofício em epígrafe, encaminho a Vossa Excelência as anexas cópias da decisão e do parecer proferidos nos autos do Processo Administrativo eletrônico n. 0030816-62.2019.8.24.0710, em que este Tribunal manifesta aquiescência em relação ao tema tratado no Projeto de Lei n. 0262.0/2019.

Aproveito a oportunidade para reiterar votos de admiração e apreço.

Cordialmente,

Rodrigo Collaço
Presidente



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLACO, PRESIDENTE**, em 15/10/2019, às 13:25, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjsc.jus.br/verificacao> informando o código verificador **2589062** e o código CRC **9FCB8630**.

0030816-62.2019.8.24.0710

2589062v3

Lido no Expediente
095ª Sessão de 17/10/19
Anexar a(o) PL 262/19
Diligência
Secretário





ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

DECISÃO

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de ofício encaminhado pelo Presidente da Assembleia Legislativa, por meio do qual Sua Excelência oportuniza a este Tribunal que se manifeste sobre o conteúdo do Projeto de Lei n. 0262.0/2019, que "Dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências", o qual se encontra em tramitação naquela Casa.

Por brevidade, acolho o parecer da Diretoria-Geral Administrativa (documento 2500544) por seus próprios fundamentos e, como consequência, manifesto concordância em relação ao tema tratado no Projeto de Lei n. 0262.0/2019.

Oficie-se ao Presidente da ALESC com cópia desta decisão e do parecer materializado no documento 2500544.

Após, mantenham-se os autos no Núcleo Financeiro para acompanhamento.

Rodrigo Collaço
Presidente



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLACO, PRESIDENTE**, em 14/10/2019, às 17:31, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjsc.jus.br/verificacao> informando o código verificador **2537789** e o código CRC **CCFDC897**.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

PARECER

Trata-se do Ofício GP/DL/0556/2019, por meio do qual o deputado Júlio Garcia, na qualidade de presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, encaminha cópia do parecer exarado pela Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei n. 0262.0/2019, que "Dispõe sobre a exigência de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder e adota outras providências", a fim de obter manifestação sobre a matéria legislativa em exame (doc. 0756668).

O supracitado projeto de lei trata da exigência de programa de integridade para as pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Estado de Santa Catarina em todas as esferas de poder.

A respeito do tema, necessário esclarecer que a Lei n. 12.846/2013 criou a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública em geral. Tal normativo, além de tipificar as condutas lesivas ao patrimônio público praticadas por pessoas jurídicas, dotou a própria administração pública de instrumentos até então inexistentes para exercer o controle e punir aqueles que com ela contratam.

Foi previsto nesse instrumento legal o processo administrativo para responsabilizar aqueles que agem de maneira prejudicial ao erário, estabelecendo penalidades de acordo com a gravidade das ações praticadas. Também previu a Lei n. 12.846/2013 a realização dos chamados "acordos de leniência", em muito assemelhados à colaboração premiada e criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que objetiva tornar públicas as penalidades aplicadas com base na nova legislação.

Aparentemente, o Projeto de Lei n. 0262.0/2019 pretende permitir a integral aplicação das disposições da Lei n. 12.846/2013 no âmbito da administração pública estadual, corrigindo-lhe alguns aspectos de ordem prática, uma vez que alguns dispositivos fazem referência a órgãos da administração pública federal que não encontram semelhante figura na administração estadual, como a Controladoria-Geral da União – CGU.

A iniciativa é oportuna, tendo em vista que, efetivamente, a Lei n. 12.846/2013 é poderoso instrumento na defesa do interesse público que reclama regulamentação local para sua plena aplicação. A edição do Decreto 8.420/2015 veio a corroborar tal assertiva, demonstrando que, mesmo na esfera federal, a edição de regulamentação foi essencial à aplicação da citada lei.

Deve ser mencionado, ainda, que semelhante iniciativa legislativa já foi exercitada em outros estados da Federação e em alguns municípios. Nos Estados do Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo e Tocantins foram editados decretos. Em Goiás foi editada a Lei n. 18.672/2014, caminho seguido pelos Estados do Rio de Janeiro, onde foi editada a Lei n. 7753/2017, do Rio Grande do Sul, por meio da Lei n. 15.228/2018, e do Espírito Santo, que publicou recentemente a Lei n. 10.993/2019.

Destaca-se, outrossim, que o projeto da nova Lei de Licitações – PL n. 1292/1995, PL n. 6814/2017 e apensados –, que aguarda votação na Câmara dos Deputados, promove uma série de alterações no modelo de compras feitas pela União, por estados e por municípios, inclusive a implementação de programa de integridade e *compliance*. Se aprovada a nova lei, esse passará a ser um requisito para os licitantes.

Conforme o § 4º do art. 24 do projeto, 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 seis meses contados da celebração do contrato, conforme

O projeto da nova lei de licitações também estabelece que cabe à alta administração a responsabilidade pela governança das contratações. Ou seja, as políticas de integridade têm que surgir e contar com o compromisso da alta administração.

Segundo o advogado Murilo Jacoby, especialista em licitações e contratos: “*Compliance* e integridade são resultados do somatório da governança com a gestão de riscos. Assim sendo, governança e gestão de risco devem estar vinculadas à alta administração, mesmo que estejam ligadas ao controle interno”.

Por fim, não se vislumbra hipótese de vício de origem na proposição formulada, pois a matéria não está entre aquelas de iniciativa privativa do governador do Estado (art. 50, § 2º, da Constituição Estadual de Santa Catarina), à medida que o processo administrativo de responsabilização das pessoas jurídicas ora proposto observa a estrutura constitucional de distribuição de competências estabelecida.

Por todas essas razões de natureza constitucional, legal e jurídica, manifestamo-nos favoráveis à proposição, com as alterações sugeridas pela Diretoria de Material e Patrimônio.



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO GRANZOTTO PERON, DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO**, em 09/09/2019, às 11:35, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjsc.jus.br/verificacao> informando o código verificador **2500544** e o código CRC **705E2EBA**.