

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARIANA SAAD KIK MITNE

A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAR COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São Paulo - SP

2019

MARIANA SAAD KIK MITNE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. EDUARDO STEVANATO PEREIRA DE SOUZA

SÃO PAULO

2019

MARIANA SAAD KIK MITNE

**A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAR COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Eduardo Stevanato Pereira de Souza

Examinador(a):

Examinador(a):

Aos meus pais, Claudia e Antonio, por me darem todo o suporte necessário durante esses anos e por sempre acreditarem no meu potencial, a eles, é dedicado este trabalho.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, Antonio e Claudia, por sempre acreditarem em mim. Por nunca medirem esforços para me proporcionar muito além do que é de fato necessário. Por servirem de exemplo e por me ensinarem a ser sempre a minha melhor versão. Agradeço por terem tanto cuidado e carinho comigo durante todos esses anos e por terem dado toda a base de afeto e de valores que uma pessoa precisa para construir a si mesma. Se eu me orgulho de quem sou hoje, grande parte disso se deu por vocês. Não importa quantas vezes eu diga obrigada, nunca vai ser o suficiente para vocês. Amo e admiro muito vocês, meus pais. Espero algum dia poder retribuir essa infinidade de coisas boas que vocês se esforçaram para colocar na minha vida.

À minha irmã, Fabiana, por todo o seu companheirismo ao longo da vida. Por sempre acreditar em mim, por me fortalecer nos meus momentos de fraqueza e por me motivar com toda a sua admiração.

Ao meu irmão, Felipe, por toda a sua preocupação e cuidado. Você sempre será meu “bebê” e daria o mundo por você e pela sua felicidade.

A tantos amigos e colegas, pelos momentos de diversão e prazer. Por tornarem tudo mais leve e harmonioso. E, principalmente, por serem tão verdadeiros. Vocês também são meu alicerce e sou muito feliz por poder compartilhar a vida com cada um de vocês. Um agradecimento especial a minha grande amiga, Barbara Ortiz, foi um prazer ter vivido tantos momentos com você ao longo da minha jornada pelo Mackenzie, sem você não teria sido a mesma coisa.

Ao meu orientador, Eduardo Stevanato, pelo suporte dado para a elaboração deste trabalho e por ter despertado o meu interesse em direito administrativo com suas aulas e didática excepcional.

Por fim, à vida, por ser tão generosa e nos proporcionar tantos momentos que tornam a nossa existência aqui única e especial. Sou muito grata pela vida que tenho, pela família maravilhosa e pelos bons e verdadeiros amigos, que me fazem transbordar amor e alegria.

Obrigada a todos.

A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mariana Saad Kik Mitne¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discutir a eficácia das novas leis, regulamentadas pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Distrito Federal, que obrigam às empresas a possuírem programa de integridade para contratar com a Administração Pública, no combate à corrupção. Inicialmente, tratar-se-á do contexto internacional no combate à corrupção e, em seguida, dos avanços do Brasil nesse sentido. Após isso, o artigo abordará o conceito de programa de integridade e as novas leis, estadual e distrital, que impuseram essa exigência nas licitações públicas. Conceituar-se-á, ainda, licitação pública, passando por seus princípios e procedimentos, até trazer a problemática, que é a restrição da concorrência provocada pelo instrumento convocatório. Por fim, será feita uma breve passagem pelo conceito de cartel, explicando como se formam e os prejuízos que causam a uma licitação pública. Para encerrar o estudo em questão, debater-se-á se essa exigência de programa de integridade para contratar com o Poder Público romperá com o atual cenário de fraude em licitações e formação de cartéis.

Palavras-chave: Programa de integridade. Licitação. Formação de cartéis. Combate à corrupção.

Abstract: The present study aims to discuss the efficacy of the new laws, regulated by the State of Rio de Janeiro and the Federal District, which oblige companies to have an integrity program in order to contract with the Public Administration as an anti-corruption policy. Initially, it will be explained the international anti-corruption practices adopted worldwide, then the progress of Brazil. Following this, the article will present the concept of integrity program and the new state and district laws that enforced this requirement in public biddings. It will also conceptualize, public bidding, going through its principles and procedures, until bringing up the problem, which is the restriction of competition caused by the auction notice. Finally, a brief passage will be made through the concept of cartel, explaining how they are formed and the damages they cause to a public bid. To conclude the study in question, it will be debated whether this requirement of integrity program to contract with the Government will break with the current scenario of bid fraud and cartel formation

Key Words: Integrity program. Bid. Buildup of cartels. Combating corruption.

¹ Bacharelada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do combate à corrupção. 2.1. A origem das normas de anticorrupção. 2.2. O Brasil no combate à corrupção e o surgimento de programas de integridade. 3. Do programa de integridade. 3.1. Conceito. 3.2. Leis que exigem programas de integridade nas licitações. 4. Das licitações. 4.1. Conceito. 4.2. Princípios. 4.3. O edital como uma restrição à concorrência. 5. Da formação de cartéis. 6. Da eficácia das leis que exigem programa de integridade para contratar com o poder público no combate à corrupção. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir sobre a eficácia da exigência de programas de integridade para contratar com a Administração Pública, imposta pelas leis 7.752/18 e 6.112/18, do Rio de Janeiro e de Brasília, respectivamente, no tocante ao combate à corrupção.

De início, será abordada a origem das normas de anticorrupção e todo o contexto de combate à corrupção em que o Brasil se encontra nos últimos anos. Examinaremos como esse contexto foi favorável à implementação de programas de integridade em empresas e seus respaldos no setor público.

Após isso, realizar-se-á um estudo mais aprofundado sobre o processo licitatório e como as exigências previstas nos editais já limitam a livre concorrência, haja visto que o mercado atual brasileiro acaba tornando a competição viável para algumas poucas empresas, resultando, conseqüentemente, na formação de cartéis.

Por fim, como principal intuito desse artigo, será discutida a eficácia da exigência imposta pelas leis supramencionadas, que é a obrigatoriedade de a empresa possuir um programa de integridade para contratar com o Poder Público, no combate à corrupção.

A escolha desse tema se deu, principalmente, pelo grande interesse que tenho pelo Direito Administrativo e pelo *Compliance*, matérias estas que estarão cada vez mais interligadas com o avanço dos métodos de anticorrupção.

Ademais, busco sempre me inteirar sobre medidas que possam ajudar no combate à corrupção e ao verificar a existência dessas novas leis, quis entender se as mesmas seriam uma tendência a ser copiada pelos demais estados ou se acabariam sendo ineficientes e deixadas de lado.

É notório que não há uma competição justa nas licitações públicas. Isso porque, as exigências previstas nos editais, acabam limitando o acesso ao mercado para pouquíssimas

empresas, que na maioria das vezes são destaques no seu ramo. Ocorre que, como são sempre as mesmas empresas que competem, elas acabam cometendo fraudes às licitações, combinando a fixação de preços elevados e revezando entre elas a grande vencedora do processo.

Sendo assim, entende-se que essas novas leis que exigem programa de integridade para as empresas que irão contratar com a Administração Pública, vieram com o objetivo de acabar com as fraudes nos processos licitatórios e combater esses tantos escândalos de corrupção.

No entanto, cumpre destacar que, essa exigência só é imposta no momento de firmar o contrato com o Poder Público e isso pode acabar não tendo eficácia alguma, pois serão sempre as mesmas empresas que chegarão nesse momento da licitação. Ou seja, muito provável que as fraudes continuem acontecendo, visto que a competição continuará restrita a um grupo determinado.

Diante de todo o exposto, o presente artigo visa debater sobre o processo de licitação pública, buscando entender a causa de uma competição restrita sempre aos mesmos grupos. No sentido de traçar uma linha de raciocínio lógico sobre o tema, far-se-ão necessários os estudos sobre o conceito de licitação, a restrição de mercado, a formação de cartéis e a eficácia da exigência de programas de integridade para os contratos públicos no combate à corrupção.

2 DO COMBATE À CORRUPÇÃO

2.1 A origem das normas de anticorrupção

O vocábulo corrupção deriva do latim *corruptio*, processo ou efeito de corromper. Significa decomposição, putrefação, devassidão, advém do suborno ou peita, indica uma degeneração social, algo altamente reprovável, sendo sinônimo de imoralidade²

O combate à corrupção tem sido uma prioridade na agenda internacional. Isso porque, muitos países começaram a sentir na própria pele os impactos destruidores da corrupção para o desenvolvimento nacional. E, por isso, uniram esforços para desenvolver mecanismos de anticorrupção.³

² ANDRADE, Jackeline. **O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência.** Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, n. 1, p. 170-203, 26 jan. 2017. Página 02. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090/122698>. Acesso em: 07 out. 2019.

³ LEQUES, Rossana Brum. **O combate à corrupção no mundo: a experiência inglesa.** Thomson Reuters: Revista dos tribunais online, v. 947, n. 1, p. 385-398, set./ 2014. Página 01

Pode-se dizer que, um grande impulsionador desse movimento foi o FCPA⁴ (Foreign Corrupt Practices Act), a lei de anticorrupção estadunidense, promulgada em 1977. Essa lei foi criada com o objetivo de criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção internacional, uma vez que possui um caráter extraterritorial. Isso quer dizer que, qualquer pessoa, física ou jurídica, que praticasse um ato corrupto perante um funcionário público americano, estaria sujeita às implicações dessa lei.

No final dos anos 90, foi assinada a Convenção Interamericana contra a Corrupção⁵, apresentando medidas preventivas à corrupção, bem como maior fiscalização e severidade nas punições.

Logo após, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁶, enfatizando que qualquer ato de corrupção praticado por funcionário público deveria ser punido rigorosamente.

As convenções acima representaram um fortalecimento do combate à corrupção em nível internacional, pois ficou estabelecido que qualquer pessoa, física ou jurídica, estará sujeita a essas sanções, independentemente da nacionalidade, basta que pratique o crime no território de países que acordaram com o tratado.⁷

Na sequência, em 2003, realizou-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁸, que levou alguns países, como Brasil e Reino Unido, à necessidade de criar uma legislação anticorrupção própria em consonância com tais tratados internacionais.

Em 2010, foi promulgada a legislação anticorrupção do Reino Unido (Bribery Act) e em 2013 nasceu a lei anticorrupção brasileira (Lei 12.846)⁹.

⁴ THE UNITED STATES. Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 23 jun. 2019.

⁵ THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Convenção interamericana contra a corrupção**. 29 de março de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 5 out. 2019.

⁶ BRASIL. **Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais**. 30 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

⁷ GIN, Camila de Moura. **Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo**. Universidade de Santa Cruz do Sul. Página 05. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14677/3102>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 09 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁹ BRASIL. **Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

Como veremos mais adiante, a lei anticorrupção brasileira trouxe uma grande novidade no tocante à responsabilização: a responsabilidade objetiva. Isso quer dizer que, a pessoa jurídica, que até então não podia ser punida, tornou-se sujeita de responsabilidade. Essa responsabilização se limita às esferas civil e administrativa, ou seja, a pessoa jurídica não pode ser presa, mas ela terá severas sanções, dentre elas, a que mais lhe pesa: multas estratosféricas.

Nesse sentido, os programas de integridade ganharam grande destaque no mercado, pois se a empresa não comprovasse que adotou todas as medidas possíveis para evitar uma prática corrupta, ela seria responsabilizada, independente de quem foi o responsável.

O artigo “THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies (O ato de práticas corruptas estrangeiras dos Estados Unidos: erradicando a corrupção nas empresas americanas e não americanas)”, trata da vantagem de investir em um programa de compliance:

Dadas as potenciais consequências prejudiciais ou alegações de corrupção – sem contar os litígios atuais e custos de apropriação – o compliance anticorrupção faz sentido em termos financeiros.

Porque as alegações de corrupção são muito custosas, implementar um programa de compliance anticorrupção é uma prática vital.¹⁰

Dessa maneira, restou claro que países de todo o mundo estão se unindo com o fim de combater a corrupção, que se tornou um problema universal para o desenvolvimento nacional e internacional.

2.2. O Brasil no combate à corrupção e o surgimento de programas de integridade

Nos últimos anos, o Brasil deu grandes passos no combate à corrupção. Há uma maior preocupação das empresas privadas e, até mesmo, da Administração Pública na implementação de programas de integridade, com o objetivo de zelar pela conformidade com as leis nacionais e internacionais e evitar escândalos que denegam a imagem das empresas e pessoas envolvidas.

Cabe dizer que, a corrupção sempre existiu no Brasil, mas antes o que prevalecia era a impunidade. Ocorre que, como vimos em noticiários e manchetes recentes, várias empresas de destaque no mercado, bem como políticos e empresários de grande nome, passaram a ser

¹⁰ ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam; PLOCHOCKI, Tara. **The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non U.S. companies**. Thomson Reuters: Revista dos tribunais online, v. 9472014, p. 399-424, set./2014. Página 15 - “Given the potencial detrimental consequences or corruption allegations – let alone actual litigations and settlements costs – anti-corruption compliance makes good financial sense. Because corruption allegation are so costly, implementing an anti-corruption compliance program is vital”.

punidos. Essas punições vão desde multas milionárias até a prisão de pessoas que, até então, consideravam-se invencíveis.

O artigo “FCPA – CONCERNS FOR INVESTMENTS IN BRAZIL (FCPA – PREOCUPAÇÕES COM INVESTIMENTOS NO BRASIL)”, trouxe uma breve exposição do “jeitinho brasileiro” de burlar regras e tirar vantagem, mostrando que tais práticas também poderiam ter implicações na esfera internacional, desde que envolvessem funcionários públicos estrangeiros. Ou seja, a impunidade chegava ao fim tanto dentro quanto fora do Brasil:

O ambiente corporativo brasileiro é frequentemente e culturalmente marcado por um tipo de abordagem “descontraída” em relação às leis e regulamentações. Isso se refere ao “jeito brasileiro” ou “jeitinho”, que pode ser um conceito familiar para quem já viajou ou fez negócios no Brasil, e até se tornou objeto de estudos de gestão empresarial. O jeitinho se refere à criatividade dos brasileiros em lidar com certas dificuldades, burocracias ou obstáculos, nas situações do dia a dia. Embora essa flexibilidade possa representar uma vantagem competitiva ao fazer negócios no Brasil, isso pode cruzar a linha de um comportamento ético questionável, ou até mesmo ilegal, e tal comportamento pode ter implicações pelo FCPA.¹¹

Diante de tantos escândalos de corrupção e buscando acompanhar o movimento de combate à corrupção internacional, o Brasil encontrou-se em um momento de relevante avanço da legislação e mecanismos de fiscalização nesse sentido, o que tornou essencial o surgimento dos programas de integridade nos setores público e privado.

A Lei Anticorrupção, nº 12.846, sancionada em agosto de 2013, trouxe uma série de novidades, dentre elas uma que chamou muita atenção foi a responsabilidade objetiva que passou a ter a pessoa jurídica diante de práticas corruptas. Isso quer dizer, que a pessoa jurídica que praticar atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, poderá responder objetivamente, nas esferas civil e administrativa.

Devido a esse novo cenário, a implementação de programas de integridade ou programas de *compliance* nas instituições tornaram-se praticamente indispensáveis. Isso porque, além das punições que buscam ser evitadas, as organizações que comprovassem ter mecanismos de prevenção, ficariam “livres” dessa tal responsabilidade objetiva.

¹¹ PINTO, Gustavo; SPERCEL, Thiago. **FCPA: CONCERNS FOR INVESTMENTS IN BRAZIL**. Thomson Reuters: Revista dos tribunais online, v. 0/2013, p. 211-223, nov-dez/2013. Página 3 - “the Brazilian corporate environment is frequently culturally marked by somewhat “laid-back” approach to rules and regulations. This is typically referred to as the “brazilian way” or the “jeitinho”, which might be a familiar concept for those who have travelled to or done business in Brazil, and has even become the subject of business management studies. The jeitinho refers to the creativity of brazilian people in everyday situations to manage certain difficulties, bureaucracies or obstacles. Although this flexibility can represent a competitive advantage for doing business in Brazil, it can sometimes cross the line into ethically questionable, or even illegal, behavior that may implicate the FCPA.”

Nesse contexto, os programas de integridade ganharam cada vez mais força. As organizações passaram a implementá-los, buscando criar uma cultura de conformidade com as leis, de forma a mitigar riscos e prejuízos à sua imagem, bem como multas, perda de valor do mercado, etc.

O motivo desse engajamento é claro: a organização tem o compromisso de zelar pela integridade e, comprovando que cumpriu com os cuidados necessários para prevenir e combater práticas ilegais, exime-se de culpa, devendo esta recair apenas àqueles envolvidos e não à organização como um todo, conforme previsto na Lei Anticorrupção.

3 DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

3.1 Conceito

No tocante aos programas de integridade, o Decreto nº 8.420/2015¹², que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, prevê em seu artigo 41 o conceito legal aplicado:

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

Nesse sentido, entende-se que o programa de integridade busca criar mecanismos de prevenção e combate à corrupção, por meio da criação de códigos de ética e de conduta, políticas e procedimentos internos, realização de auditoria e controles internos, implementação de um canal de denúncias, entre outras práticas que visam detectar e mitigar riscos inerentes ao negócio, evitando atos ilícitos ou qualquer situação que possa gerar um embaraço à organização, denegrindo sua imagem.

Cumprido ressaltar que, os programas de integridade devem ser aplicados de acordo com as atividades de negócio de cada segmento. Dessa forma, não há um padrão a ser seguido, sendo que cada instituição deve conhecer os riscos do seu negócio e saber controlá-los e mitigá-los, garantindo a efetividade do programa.

¹² BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 06 jun. 2019.

Ademais, o artigo 42 do Decreto 8.420/15, estabelece parâmetros de avaliação quanto a existência e aplicação dos programas de integridade, entre eles o comprometimento da Alta Direção; a criação de códigos de conduta e políticas aplicáveis aos colaboradores e terceiros; a realização de treinamentos periódicos; a obrigatoriedade de manter registros contábeis; a independência e autoridade da área de *compliance*; a criação de canais de denúncias; a realização de *due diligence* (devida diligência) em terceiros contratados; a imposição de medidas disciplinares em caso de descumprimentos do programa de integridade, etc.

Todas essas medidas são levadas em consideração para avaliar se um programa de integridade é efetivo ou não. Isso porque não basta a organização ter um programa de integridade, deve ser comprovada a sua efetiva aplicação. Em outras palavras, um programa de integridade que não funciona, não isenta a organização de responsabilidade.

Diante de todo o exposto até então, pode-se dizer que o programa de integridade é um mecanismo de prevenção, cujo principal objetivo é mitigar riscos, bem como identificar, punir e corrigir eventuais infrações éticas.

É importante salientar também a importância de um programa de integridade para a gestão de um negócio, como tratado no Manual de Compliance da OAB:

O programa de integridade constitui-se em importante instrumento de apoio ao gestor, vez que auxilia na tomada de decisões com maior segurança, ajudando-o a alcançar com mais rapidez os objetivos sociais de sua organização. Por força de seu enfoque preventivo, o programa de integridade permite considerável diminuição dos riscos de corrupção na organização e, em caso de eventual desvio ou quebra de conformidade, atua de maneira a identificar, responsabilizar e corrigir a falha de maneira rápida e eficaz.¹³

Nesse mesmo sentido, de acordo com o Manual para Implementação de Programas de Integridade, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União:

O programa de integridade possui enfoque preventivo, pois visa de maneira precípua à diminuição dos riscos de corrupção em dada organização. Caso haja algum desvio ou quebra de integridade, o Programa deve atuar de maneira a identificar, responsabilizar e corrigir tal falha de maneira célere e eficaz.¹⁴

Em suma, no atual contexto de combate à corrupção em que o Brasil se encontra, resta clara a importância dos programas de integridade para a construção de uma cultura de

¹³ AROUCA, Adriana; PEREIRA, Janaína; HOEDEMAKER, Nicole. **Programa de integridade em organizações do terceiro setor: manual de compliance**. Página 19. Disponível em: <http://www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Cartilha.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁴ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para Implementação de Programas de Integridade**. Brasília, 2017. Página 07. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

conformidade e ética. O principal objetivo desses programas é buscar a incorporação de novos valores e mudanças pelas organizações.

Sendo assim, não basta a simples criação de um programa de integridade, o imprescindível é a mudança na cabeça das pessoas. As pessoas não devem apenas cumprir regras impostas porque se não as cumprirem serão punidas, elas devem entender a relevância desse movimento e lutar pelo fim da corrupção e demais práticas ilegais.

Devido a toda essa conscientização, surgiram novas leis e órgãos fiscalizadores, que fortalecem ainda mais a importância dos programas de integridade na prevenção e combate à corrupção. A adoção desses programas não é só uma exigência ao setor privado, é também um dever do setor público.

Diante desse contexto, ganharam destaque duas novas leis, que dispõem sobre a obrigatoriedade da implementação do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública local: a lei nº 7753/18 e a lei nº 6112/18, do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, respectivamente.

3.2 Leis que exigem programas de integridade nas licitações

O Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro na iniciativa de exigir programa de integridade para contratar com a Administração Pública, por meio da lei nº 7753 de 2018.

A referida lei trata da obrigatoriedade da empresa ter um programa de integridade para contratar com a Administração Pública nas hipóteses do seu artigo primeiro:

Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo 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, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.¹⁵

Dessa forma, passou a ser autorizado que os editais de licitações exijam que as empresas demonstrem ter um programa de integridade efetivo para firmarem contrato com a Administração Pública direta ou indireta do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁵ RIO DE JANEIRO. **Lei nº 7753, de 17 de outubro de 2017.** Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 30 mai. 2019.

Cumpra destacar que, o programa de integridade não é considerado uma exigência para participar do processo licitatório, e sim uma exigência para a contratação, ou seja, a empresa pode participar da licitação, ganhar e comprometer-se a implementar um programa de integridade, para que, assim, firme contrato com o Poder Público.

Ocorre que, o não cumprimento dessa exigência pode gerar multa à empresa, bem como ocasionará a impossibilidade de sua contratação com o Estado do Rio de Janeiro até que a mesma regularize a situação.

Logo após o surgimento dessa lei no Estado do Rio de Janeiro, o Distrito Federal seguiu o mesmo caminho e publicou a lei nº 6.112/18, que também exige que as empresas tenham um programa de integridade para contratar com a Administração Pública do Distrito Federal, nas hipóteses do artigo primeiro:

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as empresas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, cujos limites de valor sejam iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, ainda que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias.¹⁶

Nos casos de descumprimento, também haverá incidência de multa, bem como a inscrição da pessoa jurídica em dívida ativa. Além disso, haverá justa causa para rescisão contratual, podendo incidir, ainda, cláusula penal e impossibilidade de contratação com a Administração Pública do Distrito Federal pelo período de dois anos ou até a comprovação da efetiva implementação e aplicação do programa de integridade pela empresa.

As leis estadual e distrital mencionadas acima, buscam, principalmente, garantir a execução dos contratos em conformidade com a lei e reduzir os riscos da contratação, zelando pela segurança e transparência na execução do contrato.

No tocante à constitucionalidade dessas leis, ambas estão em consonância com os princípios gerais das licitações, que serão abordados mais adiante, não havendo motivo que obste à aplicabilidade das mesmas. Por isso, há uma grande chance de que a obrigatoriedade do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública se torne

¹⁶ DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 6112, de 02 de fevereiro de 2018**. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>. Acesso em: 01 jun. 2019.

uma tendência a ser incorporada pelos demais estados brasileiros, principalmente nesse contexto de prevenção e combate à corrupção em que o país se encontra.

4 DAS LICITAÇÕES

As normas gerais da licitação são regidas pela Lei 8.666/93¹⁷ e a sua obrigatoriedade é imposta pelo artigo 37, XXI da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁸

O referido artigo, em seu caput, vincula a Administração Pública direta e indireta. Isso quer dizer que, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações governamentais também são obrigadas, por força de lei, a licitar.¹⁹

4.1 Conceito

A licitação é um procedimento administrativo utilizado pelo Poder Público para contratar ou adquirir bens ou serviços, oferecendo aos interessados a oportunidade de mandarem suas propostas e aquela que for mais vantajosa será selecionada.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.²⁰

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, seção 1, 22 jun. 1993, p. 8269. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm#targetText=Art.,Par%C3%A1grafo%20C3%BAnico. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. Malheiros, 2015. Página 554

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op cit*. Página 538

Segundo Di Pietro²¹, a licitação é um procedimento administrativo que busca selecionar a proposta de contratação mais vantajosa à Administração Pública, bem como promover o desenvolvimento nacional sustentável.

O autor defende que a proposta mais vantajosa é aquela que implica em uma menor onerosidade à Administração Pública e que obriga o particular a prestar o melhor serviço, ou seja, nada mais é do que uma relação de custo benefício: vence aquele que oferecer a melhor qualidade na prestação do serviço e o maior benefício econômico.

Meirelles²² segue essa mesma linha, também definindo licitação como o procedimento administrativo utilizado pelo Poder Público para selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento econômico sustentável. Para ele a licitação é “o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação”.²³

Ademais, o autor se posiciona no sentido de que o processo licitatório oferece oportunidades iguais a todos os interessados, tendo como pressuposto a competição e como principal objetivo a eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Já Marçal, conceitua licitação como:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.²⁴

Diante de todo o exposto, entende-se que o intuito do processo licitatório é proporcionar à Administração Pública a possibilidade de selecionar a proposta mais vantajosa para atender as suas necessidades, além de promover um desenvolvimento sustentável. Ou seja, a licitação propicia uma competição entre todos os interessados em contratar com o Poder Público, de forma a analisar dentre todas as propostas elaboradas, aquela que oferece a melhor qualidade na execução e também o melhor custo benefício.

Nesse mesmo sentido, o artigo 3º da Lei 8.666/93 dispõe:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

²¹ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. Atlas, 2015. Página 481

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª edição. Malheiros, 2016. Página 310

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* Página 307

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição. Thomson Reuters, 2015. Página 408

4.2 Princípios

Conforme o previsto no artigo supramencionado, as licitações públicas devem estar em consonância com os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e os que lhes são correlatos.

Além desses princípios, alguns autores trazem ainda o princípio da competitividade, que, por mais que não esteja previsto em lei, é inerente ao processo licitatório e também o princípio do sigilo na apresentação das propostas, que visa assegurar a igualdade entre os licitantes, uma vez que aquele que soubesse das propostas dos concorrentes antes de formular a sua, estaria em vantagem.²⁵

Vejamos um pouco mais sobre eles adiante.

4.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no artigo 4º da Lei 8.666/93:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Isso quer dizer que, todos aqueles que participarem das licitações públicas têm assegurado o direito de que o procedimento imposto por lei deverá ser estritamente cumprido.

Mello acrescenta, ainda, que esse direito se estende para além daqueles que participam da licitação, aplicando-se a “todos quantos queiram dela participar e aos quais sejam *indevidamente negado acesso*, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la”.²⁶

4.2.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade visa assegurar que todos os participantes do processo licitatório serão tratados de forma neutra. Isso quer dizer que, todos são iguais perante à Administração Pública, não podendo haver qualquer discriminação ou favorecimento.

Di Pietro relaciona o princípio da impessoalidade com o do julgamento objetivo:

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* Página 320

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op. cit.* Página 546

A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade subjetiva do julgador. A impessoalidade conduz a uma decisão que se pauta em critérios objetivos. Ou seja, ela deve independer da identidade de quem julga.²⁷

4.2.3 Princípio da igualdade

Esse princípio vai além do anterior, uma vez que assegura não apenas o dever de que todos os licitantes sejam tratados de forma igual, mas também assegura o direito de que todos os interessados no processo licitatório, dele possam participar. Em outras palavras, busca-se garantir que todos tenham a oportunidade de concorrer em uma licitação.

Segundo Mello:

O §1º, inc. I, do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame, admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato, ressalvadas exceções.²⁸

Para Meirelles²⁹, tal princípio busca desigualar os iguais ou igualar os desiguais. Segundo o autor, é do princípio da igualdade que decorrem os demais princípios da licitação, uma vez que eles servem para assegurar a igualdade.

4.2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade estabelece que todos os atos e termos da licitação devem ser públicos, ou seja, devem estar acessíveis para o conhecimento de qualquer cidadão, independentemente de estar em condição de licitante ou não.

Conforme previsto no artigo 3º, §3º da Lei 8.666/93: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”

Esse princípio só poderá ser afastado quando estiver em confronto com outros interesses públicos, devendo ser observada a Lei 12.527/2011.

²⁷ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *op. cit.* Página 486

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op. cit.* Página 547

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* Página 316

4.2.5 Princípios da moralidade e da probidade administrativa

Tais princípios estão interligados, uma vez que ambos impõem um comportamento ético e moral nas licitações. O princípio da moralidade obrigada tanto a Administração Pública quanto os licitantes a adotarem esse comportamento, enquanto o princípio da probidade administrativa é aquele que reitera a obrigação da Administração Pública de seguir o processo licitatório em conformidade com os padrões morais.

4.2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

As regras que deverão ser seguidas no processo de licitação estão no instrumento convocatório, vulgo edital. Nesse sentido, tal princípio obrigada o Poder Público a cumprir fielmente tudo aquilo que foi estipulado previamente no edital, sob pena de nulidade.

Cumpra-se enfatizar que, o instrumento convocatório vincula tanto os licitantes quanto a Administração Pública.³⁰

4.2.7 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo veda que o resultado da licitação seja obtido por subjetivismo, isto é, sentimentos ou ideias pessoais.

Segundo Di Pietro³¹, o instrumento convocatório deve conter os critérios objetivos de julgamento, de forma a afastar preferências e escolhas pessoais dos julgadores.

Ocorre que, como bem apontado por Mello³², só se pode garantir uma objetividade absoluta, quando a competição é decidida unicamente pelo preço, uma vez que a avaliação de melhor qualidade ou técnica, pode ser oriunda de opiniões pessoais e subjetivas.

4.3 O edital como uma restrição à concorrência

A licitação é realizada em 5 (cinco) fases: Instrumento Convocatório; Habilitação; Classificação; Homologação e Adjudicação.

³⁰ MUKAI, Toshio. **A empresa Privada nas Licitações Públicas**. 1ª ed. Atlas, 2000. Página 15

³¹ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *op. cit.* Página 486

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op. cit.* Página 553

O instrumento convocatório é o edital, responsável por estabelecer as regras e procedimentos que regerão o processo licitatório, bem como descrever o objeto do contrato e os critérios que serão utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa.

Como vimos anteriormente, o instrumento convocatório vincula tanto os licitantes quanto a Administração Pública, ou seja, qualquer inobservância ao edital levará à nulidade de todo o processo de licitação.

A habilitação é a análise da documentação apresentada, de forma a confirmar o preenchimento de todos os requisitos da licitação.

A classificação é a etapa de julgamento das propostas, observando os critérios estabelecidos pelo edital.

A homologação funciona como um “double-check”, ou seja, é feita mais uma análise pelo órgão contratante para verificar se houve qualquer irregularidade no processo e, em caso negativo, o resultado final é homologado.

Por fim, a fase de adjudicação é aquela em que o objeto da licitação é atribuído ao vencedor.

Analisando todos esses passos, é notório o relevante papel do instrumento convocatório nas licitações e como todas as outras fases decorrem dele. Isso porque, para uma empresa participar do processo licitatório e, até mesmo, sair vitoriosa, ela deve comprovar sua habilitação e o preenchimento dos requisitos estipulados pelo edital. Isto é, se os interessados não atenderem às condições do edital, eles nem sequer participam do processo.

Nas palavras de Marcia Walquiria Batista dos Santos:

Os interessados possuem o direito de participar do certame, e, ingressando na disputa, se preencherem os requisitos autorizados em lei e constantes no edital, terão o direito de contratar com a Administração Pública. Estas afirmações decorrem do princípio da igualdade, aplicável ao procedimento licitatório por força do art. 3º da Lei das Licitações.³³

Diante disso, entende-se que é o instrumento convocatório que define a concorrência. Se o edital estipula condições que poucas empresas conseguem atender, ele estará, conseqüentemente, restringindo a competição em um processo licitatório.

Como vimos anteriormente, os interessados só conseguem participar se comprovarem sua habilitação, ou seja, que cumprem o estabelecido pelo edital. Nesse sentido, quanto mais exigências são impostas, menos empresas tornam-se aptas para participar do processo, o que

³³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª edição. Malheiros, 2006. Página 173

reflete num histórico de que são sempre as mesmas empresas que conseguem contratar com a Administração Pública.

Ocorre que, essa restrição a um grupo determinado de licitantes não traz bons resultados para o mercado, vez que se distancia do estado de concorrência perfeita. Segundo Martinez:

Quanto mais próximo estiver determinado mercado do estado de concorrência perfeita, menor será a diferença entre os preços praticados pelo produtor e seus custos marginais. No limite, em um mercado perfeitamente competitivo, o preço é fixado no ponto em que este se iguala ao custo marginal de produção (incluída a remuneração de seu custo de capital). Vale dizer, em um ambiente de concorrência perfeita, os preços cobrados dos consumidores são apenas aqueles necessários à remuneração do capital empregado na produção – nada mais, nada menos.³⁴

Com base no exposto, pode-se dizer que o estado de concorrência perfeito asseguraria a máxima eficiência do processo licitatório, visto que dificultaria a atribuição de altas margens de lucro em cima do objeto do contrato público, como acontece nos dias de hoje.

Ainda nas palavras de Martinez:

No mundo fora dos livros-textos, é virtualmente impossível presenciar um mercado perfeitamente competitivo. Em vista disso, costuma-se fazer referência ao conceito de “concorrência viável”, estrutura de mercado em que a concorrência, apesar de imperfeita, é suficiente para assegurar um nível satisfatório de eficiência.³⁵

Sendo assim, conclui-se que, muitas vezes, o instrumento convocatório estipula tantas condições, que acaba restringindo o número de licitantes aptos a participar do processo licitatório. E, como pudemos ver, esse cenário ocasiona o afastamento do mercado brasileiro da ideia de “concorrência perfeita” ou “concorrência viável”, levando a uma ineficiência do processo de licitação e, numa visão ainda mais grave, à formação de cartéis.

Nesse mesmo sentido, a autora conclui em sua obra:

Além da divulgação prévia ao certame da identidade de seus esperados participantes, outro fator que pode facilitar a formação de cartéis é o desenho do edital. O edital pode, intencionalmente ou não, estar redigido de forma tal que reduza o número de possíveis participantes – o membro da comissão de licitação, por exemplo, inclui uma especificação de produto tão restritiva que apenas duas empresas conseguem se habilitar ao certame. Nesse caso, é a própria autoridade que provoca uma restrição à concorrência. E, finalmente, a modalidade de contratação pública – licitação, pregão eletrônico, pregão presencial, carta-convite, entre outros – é também fator que pode facilitar ou dificultar a formação de cartéis.³⁶

³⁴ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1ª ed. São Paulo: Singular, 2013. Página 29.

³⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *op. cit.* Página 30.

³⁶ MARTINEZ, Ana Paula. *op. cit.* Página 50.

Verifica-se, então, que o grande problema do mercado brasileiro é essa distância do conceito de concorrência perfeita, que, no tocante às licitações, pode ser também uma consequência do desenho do edital. Isto é, o instrumento convocatório, ao estipular condições que restringem drasticamente a concorrência, acaba implicando na formação de cartéis.

5 DA FORMAÇÃO DE CARTÉIS

Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento.³⁷

A formação de cartéis é uma prática criminosa, prevista no artigo 4º da Lei 8.137/90³⁸, e também uma infração administrativa, conforme artigo 36 da Lei 12.529/11³⁹, que se faz muito presente nas licitações públicas no Brasil.

Os membros do cartel se unem para evitar a competição, manipulando os resultados do processo licitatório, por meio de acordos pré-estabelecidos entre eles. O cartel representa uma fraude à licitação, trazendo menos benefícios ao Poder Público e ao mercado, como um todo, do que seria sem o conluio.

Martinez, explica como as empresas combinam essa fraude:

Os cartéis em licitação podem se travestir de várias formas, das quais se destacam o loteamento e o rodízio. No loteamento, os membros dos cartéis dividem os entes promotores de licitações ou os itens de uma mesma licitação – por exemplo, para um produto X comumente adquirido por ANATEL, ANEEL e ANAC, as empresas A, B e C acordam que a empresa A atenderá apenas a ANATEL, a empresa B ficará com a ANEEL e a empresa C ficará com a ANAC. Haverá também loteamento se o edital prever vários itens e as empresas dividirem os lotes de produtos entre si. No caso do rodízio, os participantes do cartel estabelecem a ordem em que cada um deverá ganhar uma determinada licitação – nesse caso, imaginemos uma situação em que as

³⁷ MARTINEZ, Ana Paula. *op. cit.* Página 36.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.137, de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

empresas A, B e C participam das licitações promovidas pela ANATEL, estabelecendo entre si a ordem em que vencerão os certames.⁴⁰

Por meio de um apanhado geral de tudo o que já foi exposto nesse artigo, entende-se que, a formação de cartéis representa uma ameaça à essência da licitação, que é a concorrência. No entanto, a existência de cartéis se dá, principalmente, pela restrição da competição, que, como vimos, pode vir a ser uma consequência das exigências do edital.

Em suma, quanto mais perto o mercado estiver do conceito de concorrência perfeita, ou viável, mais difícil seria a manipulação dos resultados de uma licitação. Isso só ocorre, porque, no fim, são poucas empresas que preenchem os requisitos estabelecidos pelo edital, habilitando-se para o processo licitatório e, mais do que isso, são sempre as mesmas. Dessa forma, essas empresas se unem com o objetivo de dominar o mercado, podendo assim fixar seus próprios preços e vencer licitações com contratos superfaturados, o que não é nada benéfico à sociedade.

6 DA EFICÁCIA DAS LEIS QUE EXIGEM PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Diante do contexto exposto no início do trabalho, entende-se que, o Brasil se encontra, atualmente, em um momento de grandes avanços dos mecanismos de anticorrupção e esse cenário foi propício à criação das leis 7753/18 e 6.112/18.

Nesse sentido, é notório que, ambas as leis, surgiram como ferramentas para o combate à corrupção, principalmente no tocante às licitações públicas.

Como abordado no decorrer deste trabalho, o mercado brasileiro é marcado pela formação de cartéis e fraude à licitação. Visando romper com o atual cenário, o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, criaram essas leis, de forma a zelar pela transparência e integridade nas licitações.

Ocorre que, a exigência do programa de integridade, não é requisito para participar do processo licitatório, e sim para contratar com o Poder Público. Isso quer dizer que, por mais que essa nova exigência seja imposta já no instrumento convocatório, ela não servirá como filtro para participar de uma licitação, visto que a mesma só será levada em conta no momento da contratação do serviço.

⁴⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *op. cit.* Página 48

Um outro ponto a ser levantado sobre essas leis é que, a empresa não precisa já ter um programa de integridade para contratar com o órgão público, mas deverá se comprometer a implementá-lo para firmar o contrato e, caso não o faça, sofrerá as punições cabíveis.

Com base nisso, pode-se afirmar que, de primeiro momento, a exigência do programa de integridade nos editais não fará qualquer diferença no processo licitatório, uma vez que não restringe a participação no certame.

O intuito deste artigo é discutir, então, se essa exigência trará alguma mudança, de forma a romper com o atual cenário de fraude às licitações públicas ou se será ineficaz.

Analisando tudo o que foi tratado neste trabalho, é notório que o principal problema nas licitações públicas é a restrição da concorrência, ou seja, a distância do cenário atual do mercado brasileiro à ideia de “concorrência perfeita” ou, ainda, “concorrência viável”.

Como vimos anteriormente, os próprios editais, ao trazer uma série de requisitos para a participação nos processos licitatórios, acabam excluindo grande parte dos interessados pelo certame, restringindo a concorrência sempre às mesmas empresas e gerando um ambiente propício às fraudes e formação de cartéis.

Sendo assim, a exigência dos programas de integridade para contratar com o Poder Público, que surgiu para assegurar a transparência e eficácia nas licitações, pode acabar não trazendo ruptura alguma à situação atual.

Isso porque, restou claro que o problema da licitação é a concorrência limitada sempre ao mesmo grupo de empresas e que a exigência de programa de integridade nos editais não representará qualquer mudança nesse sentido, pois não servirá como requisito para a participação no certame.

Dessa forma, constata-se que a única diferença do atual cenário, a ser imposta com essas novas leis, é que essas mesmas empresas que dominam o mercado e as licitações públicas, deverão apresentar programa de integridade ou assumir o compromisso de implementá-lo no momento de firmar o contrato com a Administração Pública e isso a maioria delas já tem.

Portanto, resta evidente que o problema não está sendo combatido pela raiz. A questão não é possuir ou não um programa de integridade, como forma de combater à corrupção. A raiz do problema das licitações públicas é bem mais profunda do que isso.

O programa de integridade pode, muitas vezes, não ser capaz de zelar pela total conformidade de uma empresa. A solução não se encontra nos fins, mas sim nos meios. O combate à corrupção só será eficiente se cortar suas raízes. E, como vimos, a raiz desse problema está na concorrência.

Se as licitações tivessem um modelo de concorrência mais próximo do conceito de “concorrência perfeita” ou “concorrência viável”, haveriam mais interessados participando do certame e, com isso, mais propostas e, conseqüentemente, mais dificuldade de associação entre empresas. As licitantes formulariam propostas com preços mais justos, pois não conheceriam todos seus concorrentes e visariam sair vencedoras da disputa.

Quando poucas empresas disputam entre si, a manipulação de mercado se torna mais fácil, levando à formação de cartéis. Esse é o meio que favorece a corrupção. Pode-se até exigir que essas empresas tenham programa de integridade para contratar com a Administração Pública, pois a maioria delas está apta a desenvolver um programa efetivo. O que não se pode é garantir que esses programas sejam tão efetivos a ponto de romper com um cenário que lhes é tão favorável.

A mera exigência de um programa de integridade não é suficiente para garantir a conformidade das empresas, obstando manipulação de mercado e formação de cartéis. Já a ruptura com a situação atual diante da busca pela “concorrência perfeita” é capaz de garantir a eficácia das licitações públicas. Essa é a raiz do problema.

7 CONCLUSÃO

A presente análise visa demonstrar a raiz do problema das licitações públicas, chamando a atenção para a restrição da concorrência, muitas vezes gerada pelos editais. Por mais que as leis estudadas visem alcançar um ambiente licitatório mais ético e transparente, a exigência do programa de integridade não é capaz de, por si só, romper com a problemática atual.

À vista do que foi exposto neste trabalho, podem ser apresentadas as seguintes considerações finais: as diversas condições estipuladas pelos editais acabam ocasionando a restrição da concorrência nos processos licitatórios; é essa restrição de concorrência que propicia um ambiente favorável às fraudes nas licitações e à formação de cartéis; as novas leis, que possuem o objetivo de combater tais problemas, exigindo programa de integridade nas empresas que forem contratar com o Poder Público, podem não ser capazes de romper com esse cenário, pois não se está atingindo a raiz do problema: a concorrência limitada.

A partir do desenvolvimento deste artigo, em síntese, pode-se dizer que o Brasil tem dado grandes passos no combate à corrupção. É notória que esta é uma preocupação cada vez maior na agenda nacional e que houve um avanço conjunto, das esferas públicas e privadas, na

busca de relações mais éticas, integras e transparentes, que se deu, principalmente, por meio da implementação de programas de integridade.

No tocante às licitações públicas, não se pode dizer que a criação das leis discutidas, do Distrito Federal e do Estado do Rio de Janeiro, foi totalmente em vão. O importante é reconhecer que há um movimento de inconformidade com o cenário atual e que estão sendo desenvolvidos mecanismos de anticorrupção, visando terminar com as fraudes licitatórias e com o domínio do mercado pelos cartéis.

A questão é que a solução deste problema vai muito além da exigência de um programa de integridade, restando claro que para haver qualquer mudança, deve-se chegar na sua raiz, que se dá pela restrição da concorrência e distância do conceito de concorrência “perfeita” ou “viável”.

Diante de tudo que foi abordado, pode-se concluir que é possível que outros estados brasileiros incorporem esta tendência de exigir programas de integridade para as empresas que forem contratar com o Poder Público, como um passo no combate à corrupção. O mais importante é não deixar com que este combate se limite a propostas de soluções superficiais e que se encare cada vez mais a raiz do problema, ou seja, a origem das práticas corruptas nos diferentes meios e nas diferentes sociedades.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jackeline. **O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência.** Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, n. 1, p. 170-203, 26 jan. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090/122698>. Acesso em: 07 out. 2019.

AROUCA, Adriana; PEREIRA, Janaína; HOEDEMAKER, Nicole. **Programa de integridade em organizações do terceiro setor: manual de compliance.** Disponível em: <http://www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Cartilha.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2019.
BRASIL. **Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.** 30 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União da República

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c", adotada em Caracas, em 29 de março de 1996. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 08 out. 2019

BRASIL. Lei nº 8.137, de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, seção 1, 22 jun. 1993, p. 8269. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#targetText=Art.,Par%C3%A1grafo%20C3%BAnico. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo.** 28ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** 5ª ed. Malheiros, 2006.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 6112, de 02 de fevereiro de 2018.** Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>. Acesso em: 01 jun. 2019.

FELIX, Roberto M. **Licitações: Cinquenta temas relevantes a esse respeito na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Unibahia. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2555B6EAA0155600790384000>. Acesso em: 10 out. 2019.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIN, Camila de Moura. **Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo.** Universidade de Santa Cruz do Sul, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14677/3102>. Acesso em: 10 out. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEGISLATION GOV. **Bribery Act.** 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 10 out. 2019.

LEQUES, Rossana Brum. **O combate à corrupção no mundo: a experiência inglesa.** Thomson Reuters: Revista dos tribunais online, v. 947, n. 1, p. 385-398, set./ 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** 1ª ed. São Paulo: Singular, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para Implementação de Programas de Integridade.** Brasília, 2017. Página 07. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

MUKAI, Toshio. **A empresa privada nas licitações públicas.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PINTO, Gustavo; SPERCEL, Thiago. **FCPA: CONCERNS FOR INVESTMENTS IN BRAZIL.** Thomson Reuters: Revista dos tribunais online. v. 0/2013, p. 211-223, nov-dez/2013.

REIS, Wellen de Souza. **Uma Abordagem Teórica dos Princípios de Licitação.** Revista Científica Multidisciplinar: Núcleo do Conhecimento. 2003, v. 03, n. 5, p. 84-93, abr./2018. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/principios-de-licitacao>. Acesso em: 7 out. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 7753, de 17 de outubro de 2017.** Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 30 mai. 2019.

ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam; PLOCHOCKI, Tara. **The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non U.S. companies.** Thomson Reuters: Revista dos tribunais online, v. 9472014,p. 399-424, set./2014.

THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Convenção interamericana contra a corrupção.** 29 de março de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 5 out. 2019.

THE UNITED STATES. Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act.** Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 23 jun. 2019.

TORREY, Daniel. **FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial.** Revista Consultor Jurídico, 11 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional>. Acesso em: 07 abr. 2019.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** 09 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/convencao.html>. Acesso em: 30 set. 2019.