

A governança, o controle interno de gestão e o gerenciamento de riscos na administração pública diante da nova Lei de Licitações e Contratos

Governance, Internal Control and Risk Managements in the Public Administration Considering the New Law on Public Procurement and Administrative Contracts

Daniel Falcão

Professor, advogado e cientista social. Doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito e em Ciências Sociais pela mesma universidade. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Controlador geral do município de São Paulo

Kelvin Peroli

Pós-graduando em Direito Notarial e Registral e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, com intercâmbio acadêmico na Seconda Università degli Studi di Napoli (Itália). Associado fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Assessor técnico na Controladoria Geral do Município de São Paulo. Advogado

Resumo: Inicialmente contextualizados na realidade internacional e brasileira, o artigo esclarece como os conceitos e práticas de governança, de controle interno de gestão e de gerenciamento de riscos, instrumentos que visam à garantia de normas e processos internos, foram estabelecidos pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), de modo a se destacar o *controle preventivo* da administração pública. Além disso, também demonstra que a LLCA previu uma série de benefícios para que os particulares, licitantes, estabeleçam programas de integridade e estejam em conformidade às normas. Por fim, ressalta que esses mecanismos são um passo adiante rumo à *regulação responsiva*, que confere *incentivos* aos particulares para que estejam em conformidade às leis, preferindo, portanto, a tutela preventiva à repressiva, com a finalidade última de se evitar danos à administração pública e à sociedade.

Palavras-chave: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Governança pública. Controle interno de gestão. Gerenciamento de riscos. Programa de integridade.

Abstract: At first contextualized in the international and Brazilian perspectives, the concepts and practices of governance, internal comptrolling and risk managements, which are instruments that

aim to guarantee norms and internal processes, are clarified by this paper, in view of how they were established by the new Brazilian Law on Public Biddings and Contracting (LLCA), this in order to highlight the preventive control of the public administration. In addition, it also demonstrates that the LLCA has provided a number of benefits for individuals, bidders, to establish integrity programs and comply with the norms. Furthermore, it emphasizes that these mechanisms are a step forward to responsive regulation, which gives incentives to individuals to comply with the laws, therefore preferring preventive rather than repressive measures, with the ultimate purpose of avoiding harms to the public administration and to society as well.

Keywords: Brazilian Law on Public Biddings and contracting. Public governance. Internal management comptrollership. Risk management. Integrity program.

1 Introdução

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) consolida em um marco legal as normas sobre contratações públicas no Brasil. Dentre as suas inovações, em acordo com as mais recentes políticas de gestão, está o estabelecimento de programas de governança, controle interno e gerenciamento de riscos com foco na administração pública, em três distintas linhas de defesas.

A LLCA também traz, do ponto de vista dos licitantes, *incentivos* à estruturação de programas de integridade, de modo a iniciar um quadro normativo semelhante a uma *regulação responsiva*, ou seja, que não apenas se orienta pela *punição*, a partir de uma tutela repressiva, à observância da lei, mas também pela *persuasão*, por meio da tutela preventiva à ocorrência de danos à administração pública.

O presente estudo visa, nesse contexto, a demonstrar os instrumentos estabelecidos pela LLCA, esclarecendo, por um diálogo das fontes, a estrutura e as funções dos institutos da

governança pública, do *controle interno de gestão* e do *gerenciamento de riscos*, a partir de dispositivos já consolidados, como a instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016, o decreto nº 8.420/2015 (que regulamenta a Lei Anticorrupção) e o decreto nº 9.203/2017 (que trata da política de governança no âmbito da administração pública).

Para tanto, no que se refere à natureza e à forma de abordagem, utiliza-se de raciocínio indutivo e de pesquisa qualitativa, a esclarecer, do ponto de vista dos objetivos, de modo descritivo e analítico, as atribuições da governança, do controle interno de gestão e do gerenciamento de riscos na administração pública, isto à luz do contexto da LLCA, em sua preferência pela tutela preventiva. Quanto à técnica, utiliza-se da pesquisa bibliográfica, a fim de trazer das fontes as descrições e os elementos para as análises.

2 Background

Embora o uso de termos como *governança* e *compliance*, na administração pública, seja recente, seu sentido já está, há muito, ínsito às atividades do setor público. Em um panorama histórico, as práticas de *governança* e *compliance* surgem já atreladas à prevenção e ao combate à corrupção, em uma série de eventos que partem do caso Watergate, no cenário eleitoral dos EUA, em 1972.

O caso aduz à descoberta da ligação do à época presidente dos EUA, Richard Nixon, do Partido Republicano, que disputava a sua reeleição, com operações de espionagem no Partido Democrata, isto a partir de uma tentativa, na noite de 17 de junho de 1972, de instalação de aparelhos de escuta e de captura de informações de documentos na sede do Comitê Nacional Democrata, no Watergate Complex, em Washington. Embora tenha obtido sua reeleição em 1972, o caso o levou à renúncia, em 8 de agosto 1974, diante da abertura de um processo de impeachment.

Além do conhecimento e apoio de Richard Nixon às operações de espionagem, Watergate trouxe à luz um esquema em que empresas estadunidenses pagaram milhões de dólares, por meio de fundos secretos (*slush funds*/“caixa dois”), a campanhas eleitorais, nos EUA, e em propinas a agentes públicos estrangeiros, falsificando seus registros contábeis para acobertar essas práticas¹. Esse panorama levou o Congresso dos EUA a editar o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, que obrigou o setor privado, sujeito à jurisdição do FCPA, a implementar um sistema de *controle interno contábil* e a apresentar demonstrações contábeis anuais, nas quais se incluíram as transações financeiras realizadas internacionalmente pelas empresas.

Em 2001, a falência da Enron, empresa do setor elétrico dos EUA (à época, a 7ª maior do país), contribuiu para a aprovação do *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), em 2002, que trouxe regras de *accountability* ao setor privado, ou seja, de responsabilização e de prestação de contas, como a necessidade da criação de órgãos de auditoria interna a fiscalizar os relatórios e as demonstrações contábeis e financeiras das empresas², que devem, em seu turno, estar em conformidade com as avaliações do controle interno instituído.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi a primeira a transpor ao cenário internacional o intuito da cooperação internacional à prevenção e ao combate à corrupção³, sendo seguida pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, adotada em 1997 e ratificada pelo Brasil em 24 de agosto de 2000.

Por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) estabeleceu aos Estados-membros a obrigação de se implementarem medidas efetivas à prevenção e ao combate à corrupção.

Tendo por base os compromissos assumidos pelo Brasil, principalmente à luz da CNUCC, diversas normas foram promulgadas a fim de sustentá-los e promover, por conseguinte, a prevenção e o combate à corrupção – dentre as quais, destacou-se, na década de 2010, a lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), o decreto nº 9.203/2017 (Política de Governança da administração pública Federal) e a lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras).

Iniciando-se a década de 2020, a nova Lei de Licitações e de Contratos Administrativos (LLCA) trouxe, então, de forma expressa, nortes de governança à administração pública em processos de licitação e em contratos administrativos.

Também a partir desse contexto histórico, estabeleceu-se, definitivamente, o controle interno, que, à definição do Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO, 2013, p. 1), relacionado ao âmbito do setor privado, é um processo, realizado por uma organização, projetado de modo a garantir a realização dos objetivos relacionados às suas operações, à sua conformidade com as normas e às suas divulgações⁴.

O gerenciamento de riscos, por fim, se institui como processo para gerir os riscos inerentes à atividade da organização, e está, também, ínsito a um controle interno e a um programa de governança.

3 Governança, controle interno, gerenciamento de riscos e a LLCA

Governança e *compliance* são termos que não se confundem: *compliance* é um dos quatro pilares que sustentam uma governança, que se constitui, também, da integridade ou equidade (*fairness*)⁵, da transparência (*transparency* ou *disclosure*) e da responsabilidade e prestação de contas (*accountability*), fundamentos inclusos no

conceito de governança corporativa e que se transpuseram à governança pública, ou seja, a relativa ao setor público.

Nesse sentido, o já aludido decreto nº 9.203/2017, que tratou da Política de Governança da administração pública Federal, estabeleceu como governança pública o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”, aduzindo-se como seus princípios, conforme dispõe o art. 3º, além daqueles princípios da integridade, da transparência e da responsabilidade e prestação de contas, também os de melhoria regulatória (*better regulation*)⁶, de capacidade de resposta (*responsiveness*) e de confiabilidade (“reliability”).

Compliance, como um dos princípios da governança, deve ser entendido, no âmbito da administração pública, como a conformidade ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/1988) e ao que dispõe o controle interno da administração, ou seja, o controle interno de gestão como processo, conduzido pela administração pública, com o intuito de dela obter um grau adequado de organização.

Os princípios da governança pública, com base no decreto nº 9.203/2017, estão relacionados às diretrizes que também estabelece o decreto, sob o seu art. 4º. Nesse sentido, *e.g.*, o inc. VI dispõe da implementação de controles internos, fundados no gerenciamento de riscos, que privilegiem a tutela preventiva em detrimento da repressiva.

A transparência, como um dos pilares da governança, é o compromisso com a divulgação dos atos da administração pública, de modo a fundamentar, de forma direta, a confiabilidade da sociedade com relação à conformidade dos órgãos e entidades com as suas funções.

A integridade, por sua vez, à definição do art. 21, inc. II, da instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016, “tem como base a

honestidade e objetividade, elevando os padrões de decência e probidade na gestão dos recursos públicos e das atividades da organização, com reflexo tanto nos processos de tomada de decisão, quanto na qualidade de seus relatórios financeiros e de desempenho.”

A capacidade de resposta representa o atendimento das necessidades da sociedade, isto por meio de um *feedback* eficaz e eficiente. A título exemplificativo, são diretrizes aptas a concretizar a capacidade de resposta as dispostas pelo art. 4º, incs. I e II, do decreto nº 9.203/2017⁷.

Accountability é um princípio cuja concretização se institui já pelo cumprimento dos demais, tratando-se “de manter uma linha clara e objetiva entre as justificativas e os resultados da atuação administrativa, de um lado, e os agentes públicos que dela tomarem parte, de outro”, sujeitando a atuação da administração pública aos controles externo e social (BRASIL, 2018, p. 51).

Tendo em vista os objetivos do processo licitatório, que são os de assegurar o tratamento isonômico dos licitantes e a seleção de proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso à administração pública, bem como os de evitar contratações com sobrepreços, manifestamente inexequíveis ou superfaturados e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, o parágrafo único do art. 11 da LLCA dispôs que:

A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

O sentido de controle interno, por sua vez, entendido como controle interno de gestão⁸, também no âmbito da administração pública federal, está disposto pela instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016⁹, que o traz como o processo pelo qual o gestor público garante o cumprimento de objetivos estabelecidos por seu órgão ou entidade ou impostos a estes – ou seja, trata-se do controle que visa ao cumprimento tanto do princípio da legalidade quanto da conformidade de seus atos ao que é disposto, *in abstracto*, por seus processos internos.

De acordo com o art. 3º, *caput*, da instrução normativa, um controle interno de gestão¹⁰ é uma primeira linha de defesa da administração pública ao alcance de seus objetivos. Em outros termos, à luz do que dispõe o art. 2º, inc. V, da instrução, visa a “aumentar a probabilidade de que os objetivos e metas estabelecidos sejam alcançados, de forma eficaz, eficiente, efetiva e econômica”.

A gestão ou gerenciamento de riscos, como dispõe, de modo mais preciso, o art. 3º, §2º, da instrução normativa, é um processo que concede embasamento ao controle interno de gestão. Pode ser compreendido, então, como um processo de identificar, avaliar, administrar e controlar eventos ou situações potenciais, isto como alude tanto o inc. VII, art. 2º, da instrução normativa, quanto o inc. IV, art. 2º, do decreto nº 9.203/2017. Os riscos, então, devem ser gerenciados à luz das ameaças e das vulnerabilidades que detém a alta administração no exercício de suas atribuições.

Por ameaças entendem-se as condições que podem causar danos aos ativos da administração pública. Por vulnerabilidades, as fraquezas do órgão ou entidade que agentes externos (neste contexto, *e.g.*, os licitantes) e/ou internos (os agentes públicos) podem se valer para causar um dano. Ameaças e vulnerabilidades devem ser geridas justamente pelo gerenciamento de riscos, que os identifica, avalia, administra

e controla com base na probabilidade de sua incidência e em seu impacto sobre a administração e seus ativos¹¹, processo que é aludido pela Instrução como a mensuração de risco (inc. XI, art. 2º).

A gestão de riscos não objetiva apenas eliminar os riscos da atividade, mas também mitigar aqueles que não podem ser eliminados. Por essa razão, gerencia os riscos residuais, os quais, mesmo após a imposição de medidas técnicas, permanecem com determinada probabilidade de incidência com determinado impacto à administração pública.

Ainda diante de suas disposições sobre os riscos, a instrução normativa, em seu art. 18, também estabeleceu uma tipologia dos riscos afetos à administração pública, que são: (i) os operacionais, relacionados às inadequações de seus processos internos; (ii) os de imagem/reputação, que ocasionam danos à imagem e reputação da administração perante a sociedade; (iii) os legais, que são gerados em razão de possíveis alterações legislativas *a posteriori*, que podem tornar ilícitos processos atuais; (iv) e financeiros/orçamentários, que podem comprometer a sustentabilidade financeira e orçamentária do órgão ou entidade.

Essa tipologia não significa que um risco está adstrito a apenas um tipo, podendo, inclusive, espalhar os seus efeitos, ou seja, os danos, a todos. Serve, nesse sentido, a mensurar o impacto de seus danos à administração pública.

O gerenciamento de riscos na fase preparatória de um processo licitatório, pela administração, encontra-se explícito pelo art. 18, inc. X, da LLCA, que se remete ao dever da “análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”.

O art. 169, da LLCA, ao tratar de todo o processo de contratações públicas, expressamente estabelece a necessidade de processos relativos ao gerenciamento de riscos, ao controle interno de gestão e à governança pública. *Ipsis litteris*:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da administração e pelo tribunal de contas.

A primeira linha de defesa, como disposta pelo inc. I do art. 169, diz respeito aos agentes que atuam na estrutura de governança pública do órgão ou entidade. Interpretado o dispositivo conjuntamente ao parágrafo único do art. 11 da LLCA, são estes os agentes da alta administração, que devem, então, estabelecer mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão.

A segunda linha de defesa, mais procedimental, está propriamente relacionada ao controle interno de gestão, assim como ao assessoramento jurídico dos próprios órgãos e entidades. O inc. II pode ser interpretado à luz do que dispõe o art. 2º, inc. V, da instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016, quanto ao controle interno de gestão, referido como o:

conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da

missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados: a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; b) cumprimento das obrigações de *accountability*; c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e d) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos.

A terceira linha, esclarecida pelo inc. III, está também relacionada ao controle interno de gestão, mas aquele exercido pelo órgão central da administração pública – como a Controladoria-Geral da União e as controladorias gerais de estados e municípios. Além disso, traz, finalmente, o controle externo, ao dispor sobre os tribunais de contas.

Vale destacar que, embora a LLCA traga, no rol de seu art. 6º, muitas definições de seus termos utilizados (em LX incisos), não dispõe dos conceitos de governança (art. 11, parágrafo único; art. 169, inc. I), de controle interno (art. 7º, §2º; art. 8º, §3º; art. 19, inc. IV; art. 24, inc. I; art. 117, §3º; art. 141, §1º; art. 169, incs. I e II) e de gestão de riscos (art. 11, parágrafo único; art. 169, *caput*). O que traz a lei, porém, é a definição de uma matriz de risco (art. 6º, inc. XXVII), que é uma “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”.

A ausência dos conceitos abre margem à interpretação das atribuições de cada ator envolvido, como justamente a diferenciação entre as atividades atribuídas a cada linha de defesa com relação ao controle interno de gestão, isto porque apenas a distinção feita entre a segunda e a terceira linha, quanto aos seus atores, não é suficiente para expor as funções de cada.

Por essa razão é imperioso um diálogo das fontes, a esclarecer, nos casos concretos, quais serão as atribuições de cada ator. É nesse sentido que a instrução normativa conjunta

MP/CGU nº 01/2016 dialoga com a LLCA, possibilitando revesti-la de significados e colocá-la, então, em prática.

Mesmo em se tratando de um diálogo, não se pode confundir, porém, as três linhas de defesa, como dispostas pela LLCA, com aquelas trazidas pela instrução normativa conjunta. As linhas trazidas pelo art. 169 da LLCA se destinam a um escalonamento de medidas, das mais gerenciais às mais procedimentais, que perpassam da governança pública, à primeira linha de defesa, ao controle interno de gestão, na segunda e terceira linha, assim como ao controle externo, realizado pelos tribunais de contas, também na terceira linha de defesa.

Em seu turno, a primeira linha de defesa da instrução normativa conjunta diz justamente respeito ao controle interno de gestão, que é mandatório para os órgãos e entidades sujeitos à sua aplicação.

A segunda e a terceira linha de defesa não são, porém, mandatórias. A segunda diz respeito à supervisão do controle interno de gestão, do gerenciamento de riscos e dos programas de governança pública estabelecidos, que pode ser realizada por comitês ou assessorias específicas¹². A terceira linha, por fim, se trata das auditorias, responsáveis por auditar o controle interno de gestão (a primeira linha de defesa, mandatória) e também por auditar a supervisão (efetuada pela segunda linha de defesa).

Quanto ao art. 169 da LLCA, deflui-se do texto do *caput* que são mandatórias as três linhas de defesa, como descritas pelos incisos. Conforme o §1º do art. 169, regulamento disporá da implementação das linhas, que é de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade, optando-se por medidas que “produzam o resultado mais vantajoso para a administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas”.

É de se observar que, embora as linhas não se confundam, não são contraditórias. Assim, poderá o controle interno de gestão ser

supervisionado e auditado – ações que são os verbos nucleares da segunda e terceira linhas de defesa que estabelecem a instrução normativa conjunta.

O §2º do art. 169 traz, aos órgãos de controle a permissão ao acesso irrestrito de dados, durante a realização de seus trabalhos, inclusive o acesso às informações classificadas como sigilosas, de acordo com a lei nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação – LAI) – que podem ser classificadas em ultrassecretas, secretas e reservadas, possuindo prazos máximos de restrição de acesso, respectivamente, de 25, 15 e 5 anos (art. 24, LAI). O uso compartilhado dos dados torna os órgãos de controle corresponsáveis pela manutenção do sigilo.

Ressalta-se que esse uso compartilhado, tratando-se de dados pessoais de pessoas naturais identificadas ou identificáveis, requer, para eles, uma base de tratamento, o que recai, especialmente, no que dispõe o art. 7º, inc. III, da lei nº 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), ou seja, pelo tratamento e uso compartilhado de dados pessoais, pela administração pública, que sejam “necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres”.

Além disso, destaca-se o art. 26 da lei, que dispõe que o uso compartilhado de dados pessoais, pelo poder público, deve “atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta lei”.

Como mencionado, o art. 169, *caput*, traz como norte o controle preventivo e não o controle repressivo. Pode se dizer, como antecipado, que a LLCA é um passo adiante rumo à regulação responsiva (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4)¹³, que, conforme Marconi Araní Mélo Filho, é aquela “segundo a qual a efetividade da regulação depende da criação de regras

que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado” (MÉLO FILHO, 2020, p. 150). Na administração pública brasileira, essa técnica está sendo implementada, de forma consciente, por agências reguladoras – pela Anac¹⁴ e pela Anatel¹⁵.

Como aduz o art. 169, §3º, inc. I, da LLCA, impropriedades formais devem ser saneadas, e sua probabilidade de reincidência, mitigada pelo gerenciamento de riscos, preferencialmente pelo aperfeiçoamento dos controles preventivos – o que inclui a capacitação dos agentes públicos, apesar do destaque da redação do texto a esse item. Apenas quando da constatação de danos à administração pública é que se revela o controle repressivo, à luz do inc. II do dispositivo, que postula, então, a adoção de providências para a apuração das infrações administrativas.

Quanto à regulação responsiva, é de se destacar os incentivos da LLCA no que se refere à conformidade dos licitantes às normas com as quais se reveste a administração pública. Isso decorre da persuasão em estabelecer programas de integridade, pelos licitantes, a fim de que obtenham benefícios dispostos pela lei. Programa de integridade pode ser compreendido com base no que dispõe o art. 41 do decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção. *Ipsis litteris*:

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.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de

acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Toma-se como primeiro exemplo, nesse sentido, a obrigação da implementação de um programa de integridade, pelo licitante vencedor, quando da contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (aqueles cujo valor estimado supera duzentos milhões de reais)¹⁶, como dispõe o art. 25, §4º, da lei.

Outro exemplo diz respeito ao art. 60, inc. IV, que traz o desenvolvimento de um programa de integridade, em sua conformidade às orientações dos órgãos de controle, como um dos critérios de desempate, em um processo licitatório.

O art. 156, §1º, inc. V, da LLCA, em seu turno, explicita que, com relação à aplicação das sanções às infrações administrativas, será considerada a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, também conforme as normas e orientações dos órgãos de controle.

Por fim, consoante o art. 163, parágrafo único, o programa de integridade também é um requisito para se haver a reabilitação do licitante perante a própria autoridade que lhe aplicou sanções – isso no caso de as sanções estarem relacionadas às infrações previstas nos incs. VIII e XII do *caput* do art. 155 da lei, ou seja, de “apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato” ou da prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, que estão, por sua vez, declinados pelo art. 5º da Lei Anticorrupção, como, *e.g.*, o ato de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (art. 5º, inc. IV, alínea “a”).

4 Considerações finais

A LLCA trouxe os elementos da governança, do controle interno e do gerenciamento de riscos como instrumentos ao cumprimento dos princípios ínsitos à administração pública, descritos pelo art. 37 da CRFB/1988.

O que se destaca é a sua defesa por mecanismos de controle preventivo, que direcionam o debate da punição à persuasão, já que são capazes de estabelecer incentivos também aos licitantes à estarem de acordo com a legalidade e com práticas de governança, como o é um programa de integridade.

Entende-se que este é um passo adiante rumo ao tratamento dos processos licitatórios

com base em uma regulação responsiva, o que já está sendo implementado, como mencionado, no âmbito de agências reguladoras – pela Anac e pela Anatel.

Embora não abarque definições precisas quanto à governança (governança pública), ao controle interno, ao gerenciamento de riscos e aos programas de integridade, a estrutura e as funções de cada parâmetro podem ser interpretadas com base nas demais normas que tratam do tema, no âmbito da administração pública, como as referidas instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016, decreto nº 8.420/2015 e decreto nº 9.203/2017.

Referências

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**. Transcending the Deregulation Debate. Nova York: Oxford University Press, 1992.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ministério Público. **Instrução normativa conjunta nº 1º, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Brasília, *Diário Oficial da União*, 11 maio 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/governanca/gestao-de-riscos/biblioteca/diversos/instrucao-normativa-conjunta-no-1-de-10-de-maio-de-2016-imprensa-nacional.pdf/view>. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “c”. Brasília, *Diário Oficial da União*, 07 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **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. Brasília, *Diário Oficial da União*, 18 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, *Diário Oficial da União*, 23 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Guia da Política de Governança Pública**. Brasília, Presidência da República, 2018, p. 51. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial da*

União, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/l12527.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

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. Brasília, *Diário Oficial da União*, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/l12846.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, *Diário Oficial da União*, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/l13709.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, *Diário Oficial da União*, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

COSO. **Internal Control – Integrated Framework**. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, 2013.

EUA. National Institute of Standards and Technology. **Guide for Conducting Risk Assessments**. NIST, U.S. Department of Commerce, 2012.

_____. Sarbanes-Oxley Act of 2002. **Public Law 107-204**. Approved on July 30th, 2002, as amended through Public Law 112-106, enacted on April 5th, 2012. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1883/pdf/COMPS-1883.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. Securities and Exchange Commission. **Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices submitted to the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs**. Washington, EUA, 12 mai. 1976, p. 2. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: compliance, regulação e governança**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MÉLO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, n.1, maio 2020, pp. 144-163.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. COM(2016) 615. Bruxelas, **Comissão Europeia**, 14 set. 2016, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>. Acesso em: 27 out. 2021.

Notas

1 De acordo com o Report da Securities and Exchange Commission (SEC), de 12 de maio de 1976: “Millions of dollars of funds have been inaccurately recorded in corporate books and records to facilitate the making of questionable payments. Falsification of records has been known to corporate employees and often to top management, but often has been concealed from outside auditors and counsel and outside directors.” (EUA. Securities and Exchange Commission. *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices submitted to the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs*. Washington, EUA, 12 maio 1976, p. 2. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021).

2 EUA. Sarbanes-Oxley Act of 2002. *Public Law 107-204*. Approved on July 30th, 2002, as amended through Public Law 112-106, enacted on April 5th, 2012. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1883/pdf/COMPS-1883.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

3 BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a

Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “c”. Brasília, *Diário Oficial da União*, 07 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

4 *Ipsis litteris*: “Internal control is a process, effected by an entity’s board of directors, management, and other personnel, designed to provide reasonable assurance regarding”. (COSO. *Internal Control – Integrated Framework*. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, 2013, p. 1).

5 O art. 41 do decreto nº 8.420, de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, dispôs ser um programa de integridade, isto em relação a uma governança corporativa, aquele que “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.”

6 A COM (2016) 615, da Comissão Europeia, dispôs sobre a melhoria regulatória (*better regulation*) nos seguintes termos: “Quando as normas são bem direcionadas, concretas e redigidas de modo simples, é muito mais fácil a sua correta aplicação e a concretização dos objetivos preconizados, quer estes sejam econômicos, sociais ou ambientais. Dispor de normas modernas e proporcionadas, que sejam adequadas aos fins a que se destinam, é indispensável não só para o Estado de direito e a afirmação dos nossos valores comuns, mas igualmente para a eficiência das administrações públicas e das empresas.” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. COM(2016) 615. *Comissão Europeia*, Bruxelas, 14 de setembro de 2016, p. 02. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>. Acesso em: 27 out. 2021).

7 “Art. 4º São diretrizes da governança pública: I - direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades; II - promover a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico.”

8 Vale ressaltar que controle interno de gestão e sistema de controle interno, como expresso pela CRFB/88, são conceitos distintos. Nesse sentido, o art. 7º da instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016: “Os controles internos da gestão tratados neste capítulo não devem ser confundidos com as atividades do Sistema de controle interno relacionadas no artigo 74 da Constituição Federal de 1988, nem com as atribuições da auditoria interna, cuja finalidade específica é a medição e avaliação da eficácia e eficiência dos controles internos da gestão da organização.”

9 Quanto à administração pública federal, a instrução, por óbvio, deve ser aplicada juntamente à LLCA.

10 Destaca-se que o controle interno de gestão é um conceito distinto do sistema de controle interno estabelecido pelo texto constitucional. Nesse sentido, assim dispõe o art. 7º da instrução normativa conjunta MP/CGU nº 01/2016, explicitamente: “Art. 7º Os controles internos da gestão tratados neste capítulo não devem ser confundidos com as atividades do Sistema de controle interno relacionadas no artigo 74 da Constituição federal de 1988, nem com as atribuições da auditoria interna, cuja finalidade específica é a medição e avaliação da eficácia e eficiência dos controles internos da gestão da organização.”

11 Entendimento baseado no gerenciamento de riscos orientado pelo National Institute of Standards and Technology (NIST), dos EUA. (EUA. National Institute of Standards and Technology. *Guide for Conducting Risk Assessments*. NIST, U.S. Department of Commerce, 2012, p. 23).

12 Como se refere o art. 6º da instrução: “Art. 6º Além dos controles internos da gestão, os órgãos e entidades do Poder Executivo federal podem estabelecer instâncias de segunda linha (ou camada) de defesa, para supervisão e monitoramento desses controles internos. Assim, comitês, diretorias ou assessorias específicas para tratar de riscos, controles internos, integridade e *compliance*, por exemplo, podem se constituir em instâncias de supervisão de controles internos”.

13 Para Ian Ayres e John Braithwaite, responsáveis pela estruturação do debate sobre a regulação responsiva: “Most distinctively, responsiveness implies not only a new view of what triggers regulatory intervention, but leads us to innovative notions of what the response should be. Public regulation can promote private market governance through enlightened delegations of regulatory functions.” (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation*. Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992, p. 4).

14 Está a ser implementada pelo Projeto Prioritário Regulação Responsiva.

15 A Resolução Anatel nº 746, de 22 de junho de 2021, que aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória no âmbito da agência, prevê, em seus considerandos, a atenção aos princípios da regulação responsiva.

16 Conforme prevê o art. 6º, inc. XXII, da LLCA.