

Obras Públicas e Programa de Integridade - Uma bela fachada em um prédio antigo?

Rafael Martins Gomes¹

O presente artigo tem por objetivo a exposição de um arrazoado preliminar acerca de disposições envolvendo o Programa de Integridade (parágrafo 4º do art. 25 e inciso V do parágrafo 1º do art. 156 da Lei nº 14.133/2021) e o seu potencial impacto nas grandes obras públicas a serem regradas pela Nova Lei de Licitações:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento

(...)

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos **de grande vulto**, o edital **deverá** prever a obrigatoriedade de **implantação de programa de integridade** pelo licitante vencedor, **no prazo de 6 (seis) meses**, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

(...)

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

(...)

V - **a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade**, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. (grifos acrescidos)

De pronto, e a rigor, é preciso assinalar **tratar-se de inovação legislativa** em âmbito federal, quando os retrocitados dispositivos são postos em comparação com o antigo regime (Lei nº 8.666/1993). Ainda assim, sobre esse aparente aprimoramento legal, insta pontuar que a ideia de *Compliance*, ou seja, a necessidade de estar em conformidade com o arcabouço legal, é tema já bastante conhecido da Administração Pública, de modo que a estruturação do conhecimento dessa temática em torno de Programas de Integridade figura, na verdade, como uma grande ressignificação, dentro de um propósito lúdimo de busca por maior efetividade.

Em resumo, o instrumental disponível para se alcançar esses níveis mais altos de conformidade envolve: (i) Tom da Alta Administração; (ii) *Compliance Officer* Independente; (iii) Guia de Conduta; (iv) Avaliação de Riscos; (v) Normas e Procedimentos; (vi) Comunicação e Treinamento; (vii) *Due Diligence* de Integridade; (viii) Monitoramento e

¹ Auditor Federal de Controle Externo do TCU, Professor, Perito Judicial em Engenharia Legal, Pós-graduado em Engenharia Diagnóstica pela UNICID e Pós-graduado em Corrupção: Controle e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Estácio de Sá. Premiado por trabalhos inovadores e de destaque no triênio 2016-2018, todos na temática do combate à corrupção em infraestrutura.

Auditoria; (ix) Canal de Denúncias; (x) Investigação Interna; (xi) Medidas Disciplinares; e (xii) Aprimoramento Contínuo (FRAZÃO, 2018).

Adentrando-se a análise crítica, inicialmente do dispositivo contido no parágrafo 4º do art. 25, cabe registrar que “obras de grande vulto” recorrentemente envolvem dezenas, ou mesmo centenas de firmas subcontratadas, tornando ainda mais complexa a gestão de risco ínsita a tais tipos de empreendimentos. Não só isso, é cediço na experiência do TCU que toda uma miríade de irregularidades é perpetrada na fase do edital ou logo no início da execução contratual (CAMPELO e CAVALCANTE, 2018).

Nessa esteira, constata-se um deslocamento de parte do risco de “não *compliance*” de muito do que ocorre antes do sexto mês de contrato ao Poder Público, medida essa aparentemente desconexa com a realidade fática, que tem prescrito Programas de Integridade mesmo para empresas que não atuam em nichos de tão elevada materialidade, respeitadas as particularidades de cada cenário, bastando para tanto se consultar a Lei Distrital nº 6.112/2018, que disciplina como baliza o montante financeiro de cinco milhões. Vendo por outro ângulo, não soa razoável que, por exemplo, uma obra da ordem de bilhões de reais tenha no seu nascedouro um Programa de Integridade gestado em *pari passu* com os primeiros seis boletins de medição.

No mais, o regulamento alhures mencionado, o qual disporá sobre “*as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento*”, pode ter expressivas limitações de alcance já na sua gênese em face da intempestividade para o manejo do ferramental que contribua para a integridade. Em termos de exemplos práticos, um Canal de Denúncias que negligencie o início da execução - por não estar necessariamente constituído - torna-se instrumento de menor valia para eventual reporte de um jogo de planilha envolvendo itens da fundação da obra, quando se mira a interrupção da irregularidade. Mais ainda, a inexistência de um *Due Diligence* de terceiros pode dificultar a detecção de arranjos potencialmente colusivos em casos de pleitos expressivos apresentados logo no início da execução da obra, envolvendo serviços de firmas subcontratadas.

Por um lado, a problemática exposta reforça a importância das auditorias *ex ante*, como aquelas que averiguam não conformidades nos termos editalícios. Do contrário, em arrefecendo o controle sobre tal etapa, surge um ponto cego para a Administração ou um cenário ideal aos interessados em desvios legais, que naturalmente buscariam extrair o máximo dessa “janela de oportunidade”.

Encerrando os apontamentos a respeito do penúltimo parágrafo do art. 25, resta reconhecer que a exigência de **implantação** de um Programa de Integridade explicita um avanço na busca por um patamar mais elevado no que tange ao binômio ética/legalidade das grandes obras públicas. Não obstante, como pontuado pela especialista *Hui Chen* (DOJ, 2019), os Programas de Integridade fazem diferença pela sua efetividade e não pela sua simples entrada em determinado nicho de mercado. Isto é, a implantação, por si só não repele sociedades empresárias descompromissadas com a legalidade, já que facilmente trariam provas da existência de toda uma documentação, mas sem qualquer efeito na realidade. De modo ainda mais pragmático, a literatura assenta que o desempenho ético deve ser pareado com os rigores que recaem sobre o desempenho empresarial, de modo

que as métricas que importam versam sobre resultados, não tendo valor intrínseco os esforços relacionados, mas somente o que se conseguiu efetivamente atingir (CHEN e GALVIN, 2019)

Do exposto, constata-se uma arquitetura de incentivos que desfavorece a Administração Pública, na medida em que há uma barreira de entrada aos que não implantem um Programa de Integridade, desacompanhada de qualquer mecanismo que permita expelir ou afastar momentaneamente do mercado das grandes obras públicas aqueles que venham a apresentar um Programa de Integridade com desempenho insuficiente, ou cuja efetividade não seja aferida por meio de evidências críveis e lógicas.

Adicionalmente, percebe-se essa omissão atinente aos Programas de Integridade ineficazes também ao se sopesar como a nova Lei Geral de Licitações regra suas sanções.

Com efeito, apura-se uma sinalização legal enviesada, pois que se aponta somente para o caráter atenuante quando cometida infrações administrativas, desde que se tenha um Programa de Integridade **implantado ou aperfeiçoado**. Ou seja, não se prevê um fator agravante diante de implicados que tenham Programas de Integridade descompromissados com a eficácia ou calcados em atributos frágeis.

Por outro lado, a parte final do inciso V do art. 156 deixa espaço para algum nível de mitigação das sobreditas omissões em face do impacto de “*normas e orientações dos órgãos de controle*”.

Nesse diapasão, torna-se premente que jurisprudência e doutrina contribuam para que se estimule a integridade dentro das duas vertentes concebíveis. Ou, noutros termos, dentro da lógica denominada **carrots and sticks** (ANDREONI, HARBAUGH e VESTERLUND, 2003), levando-se em conta, entre outros aspectos, que a teoria da perspectiva (KAHNEMAN e TVERSKY, 1979) indica um maior poder didático nas punições *vis a vis* bonificações de mesma magnitude. Para tanto, deve-se buscar o emprego de indicadores de desempenho lógicos, ancorados no método científico, como recomendado recentemente pelo TCU por meio do Acórdão nº 743/2021-Plenário, cabendo ainda a estruturação de dados em torno das licitantes envolvidas via transparência ativa, o que tenderia a catalisar o desenvolvimento da governança das grandes obras públicas.

Referências bibliográficas

ANDREONI, James; HARBAUGH, William; VESTERLUND, Lise. ***The carrot or the stick: Rewards, punishments, and cooperation***. American Economic Review, v.93, n. 3, p. 893-902, 2003. Disponível em: <http://www.pitt.edu/~vester/AER2003.pdf>. Acesso em 4 dez 2018.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. 4 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

CHEN, Hui. GALVIN, Matthew. ***Driving Transparency in Corporate Compliance: A Suggested Approach for using Technology to Influence Behavior for the New Decade.*** International In-house Counsel Journal Vol. 12, No. 48, Summer 2019, 1. p. 5.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. **Desafios para a efetividade dos programas de Compliance.** In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte. Fórum. 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. ***Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk.*** Econometrica, v. 47, n.2, 1979.

UNITED STATES OF AMERICA. *Department of Justice, Criminal Division (DoJ), U.S. Evaluation of Corporate Compliance Programs Guidance Document.* Updated. April 2019. p. 11. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em 2 de janeiro de 2020.