

FERNANDA SANTOS SCHRAMM

Prefácio

Gustavo Henrique Justino de Oliveira

COMPLIANCE
NAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS

ATUALIZADO CONFORME A NOVA LEI
DE LICITAÇÕES (LEI FEDERAL Nº 14.133/2021)
E A ISO 37301:2021

2ª edição revista, ampliada e atualizada

Belo Horizonte

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2021

© 2019 Editora Fórum Ltda.
2021 2ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

S377c Schramm, Fernanda Santos

Compliance nas contratações públicas: Atualizado conforme a Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) e a ISO 37301:2021 / Fernanda Santos Schramm. 2. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2021.

416p.; 14,5cm x 21,5cm.
ISBN: 978-65-5518-153-1

1. Direito Administrativo. 2. Licitação Pública. 3. Compliance. I. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas: Atualizado conforme a Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) e a ISO 37301:2021*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 416 p. ISBN 978-65-5518-153-1.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Gustavo Henrique Justino de Oliveira	11	
1	Introdução	15
2	Marcos teóricos do fenômeno da corrupção: delimitação do objeto de estudo.....	18
2.1	Perspectivas da corrupção.....	21
2.1.1	Abordagem econômica do fenômeno da corrupção: a teoria da escolha racional e os sistemas de incentivo	22
2.1.2	Abordagem sociológica: a importância dos valores socioculturais	31
2.1.3	A necessidade de abandonar o discurso maniqueísta de combate à corrupção	39
2.2	O contexto da corrupção no Brasil.....	42
2.2.1	A herança patrimonialista: a dificuldade em distinguir o público do privado	43
2.2.2	A familiaridade com a corrupção e a cultura da impunidade.....	47
2.2.3	O tamanho da Administração Pública: o amplo poder conferido às autoridades públicas como fator contributivo ao fenômeno da corrupção	49
2.2.4	O lugar da corrupção no âmbito das contratações públicas: aspectos destacados das fraudes praticadas.....	52
2.2.4.1	Vícios na etapa preparatória da contratação	57
2.2.4.2	Vícios na fase externa da contratação	63
2.2.4.3	Vícios no curso da execução do contrato	67
3	Os contornos jurídicos da corrupção.....	73
3.1	Esforços internacionais e estrangeiros de combate à corrupção	73
3.1.1	Legislação anticorrupção nos Estados Unidos – <i>The False Claims Act</i> (FCA), o <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (FCPA) e a <i>Lei Sarbanes-Oxley Act</i>	74
3.1.2	O combate à corrupção na cena internacional: OEA, OCDE, ONU, o Banco Mundial e a Transparência Internacional	92
3.1.3	O UK Bribery Act.....	95
3.2	A estratégia brasileira de combate à corrupção	98

3.2.1	Contornos jurídicos: situando a corrupção no ordenamento jurídico brasileiro.....	99
3.2.1.1	O crime de corrupção.....	100
3.2.1.2	Corrupção e improbidade administrativa.....	106
3.2.1.3	A prática do <i>lobby</i> : a falta de regulamentação e a equiparação com atos de corrupção.....	111
3.2.1.4	A Lei nº 12.813/2013 e a pretensão de regulamentar os conflitos de interesses dos servidores federais.....	115
3.2.2	A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).....	117
3.2.2.1	A responsabilidade objetiva por ato de terceiro.....	121
3.2.2.2	A implantação do programa de <i>compliance</i> como condição para a celebração do acordo de leniência.....	129
3.2.3	O programa de <i>compliance</i> como requisito para a reabilitação.....	134
3.2.4	O Código de Conduta da Alta Administração e o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.....	136
3.2.5	A Lei Federal nº 13.303/2016: a obrigatoriedade do programa de <i>compliance</i> no âmbito das empresas estatais.....	139
3.2.6	O Decreto nº 9.203/2017 e o programa de <i>compliance</i> no âmbito da Administração Pública federal.....	141
3.2.7	A exigência de mecanismos de integridade para as empresas que contratam com a Administração Pública.....	142
3.2.7.1	A exigência de programa de <i>compliance</i> como obrigação contratual não traduz inconstitucionalidade.....	143
3.2.7.2	A constitucionalidade da sanção de impossibilidade de contratar com a Administração Pública estadual enquanto não for implementado o programa de <i>compliance</i>	146
3.2.7.3	O problema da indexação.....	152
3.2.7.4	Competência para fiscalizar: o desafio para a efetividade da exigência de <i>compliance</i> nas contratações públicas.....	153
4	Afinal, o que é <i>compliance</i> ?.....	156
4.1	Governança corporativa, auditoria interna e <i>compliance</i>	159
4.1.1	Governança corporativa e <i>compliance</i>	160
4.1.2	Auditoria interna e <i>compliance</i>	167
4.1.3	O programa de <i>compliance</i> : algumas questões conceituais.....	171
4.1.3.1	<i>Compliance officer</i>	175
4.1.3.1.1	Responsabilidade do <i>compliance officer</i>	182
4.1.3.1.2	Obrigação de reporte às autoridades públicas.....	190
4.1.3.2	<i>Compliance monitor</i> (monitor independente ou monitor externo).....	194
4.2	Como implantar um programa de <i>compliance</i> : elementos essenciais de acordo com o artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.....	203

4.2.1	Comprometimento da alta administração (inciso I).....	205
4.2.1.1	Como demonstrar o comprometimento da alta administração	210
4.2.2	Padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade (incisos II e III).....	213
4.2.2.1	Como demonstrar a existência de políticas e procedimentos internos	220
4.2.3	Treinamentos periódicos (inciso IV).....	222
4.2.3.1	Como demonstrar a realização de treinamentos periódicos.....	228
4.2.4	Gerenciamento, análise periódica de riscos e monitoramento contínuo do programa de <i>compliance</i> (incisos V e XV).....	230
4.2.4.1	Análise e gerenciamento de riscos de integridade	231
4.2.4.2	Monitoramento e aperfeiçoamento do programa de <i>compliance</i> ...	262
4.2.4.3	Como demonstrar a análise de risco e o monitoramento contínuo do programa de <i>compliance</i>	265
4.2.5	Registros contábeis completos e precisos e controles internos que assegurem a confiabilidade das informações (incisos VI e VII).....	268
4.2.5.1	Como demonstrar a existência de registros contábeis completos e precisos e controles internos que assegurem a confiabilidade das informações	271
4.2.6	Procedimentos voltados à prevenção de fraudes e ilícitos nas contratações públicas e nas demais interações com o Poder Público (inciso VIII).....	273
4.2.6.1	Políticas de relacionamento com o setor público e contratações públicas.....	275
4.2.6.2	Políticas relativas ao oferecimento de brindes, presentes ou hospitalidade.....	282
4.2.6.3	Como demonstrar a existência de procedimentos voltados à prevenção de fraudes e ilícitos nas contratações públicas	287
4.2.7	Independência, estrutura e autoridade da instância de <i>compliance</i> (inciso IX).....	289
4.2.7.1	Como demonstrar a independência e autoridade da instância de <i>compliance</i>	299
4.2.8	Canais de denúncia e comunicação (inciso X).....	301
4.2.8.1	Como demonstrar a existência de canais de comunicação e denúncia.....	307
4.2.9	Medidas disciplinares em caso de violação do programa de <i>compliance</i> (inciso XI)	309
4.2.9.1	Como demonstrar a existência das medidas disciplinares	312
4.2.10	Procedimentos que busquem assegurar a pronta interrupção da infração e a remediação dos danos gerados (inciso XII).....	313

4.2.10.1	Como demonstrar a existência de procedimentos que busquem assegurar a pronta interrupção da infração e a remediação dos danos	321
4.2.11	<i>Due diligence</i> ou avaliação de terceiros (incisos XIII e XIV)	324
4.2.11.1	Como demonstrar a existência de procedimentos de avaliação e monitoramento de terceiros	331
4.2.12	Transparência quanto às doações para candidatos e partidos políticos (inciso XVI)	333
4.3	O <i>compliance</i> nas estatais (Lei Federal nº 13.303/2016)	335
5	A função do <i>compliance</i> no combate à corrupção	342
5.1	O <i>compliance</i> nas empresas que contratam com o poder público: os sistemas de incentivo e a importância de uma cultura de conformidade	343
5.1.1	O papel dos incentivos.....	345
5.1.2	A importância dos controles preventivos e da certeza da sanção ...	356
5.2	Saindo do papel: mecanismos para evitar o <i>compliance</i> “de aparência”	361
5.2.1	Necessidade de avaliação do programa de <i>compliance</i> por auditoria externa.....	362
5.2.2	Responsabilidade pessoal dos responsáveis pelo programa de <i>compliance</i> , mecanismos de rodízio e garantia de estabilidade.....	368
5.2.3	Inexistência de dever de reporte às autoridades públicas	371
5.3	O <i>compliance</i> como exigência nas licitações públicas.....	373
5.3.1	Os excessos no combate à corrupção e a lista de empresas proibidas de contratar com a Petrobras	373
5.3.2	A exigência do programa de <i>compliance</i> no processo de licitação... Conclusão	377 381
	REFERÊNCIAS.....	393