

Por Yuri Sahione (\*)

Enquanto não vier a mudança legislativa, ainda não que desejável a celebração de negócios com empresas que possuem alto grau de risco de integridade, caberá às empresas promover supervisão mais próxima desses prestadores de serviços, quer pelos fiscais dos contratos, quer pela realização de auditorias mais periódicas, em atendimento às obrigações importas pela Lei das Estatais.

Com a entrada em vigor da lei anticorrupção (lei 12.846/13) e com a promulgação de sucessivas regulamentações pelos entes federativos (União, Estados e municípios) a prevenção à corrupção e aos atos lesivos contra administração pública virou realidade no ambiente de negócios do país.

Ainda que o incentivo dado pela lei anticorrupção para a adoção dos programas de integridade não seja dos mais vantajosos - a adoção de programa de integridade pela empresa pode levar à redução da multa, que no âmbito federal pode chegar a 4% -, as empresas passaram a entender que não se trata apenas de garantir a atenuação de uma eventual penalidade, mas de adequação a uma nova postura empresarial.

As empresas que possuem um programa de integridade implementado e ativo diminuem as chances de se verem envolvidas em atos ilícitos. Isso porque são funções típicas do programa: detectar, prevenir e remediar, ou seja, o programa irá identificar os riscos de corrupção a que a empresa está exposta, indicará boas práticas de conduta para mitigar esses riscos, além de promover treinamentos aos colaboradores e à alta direção.

Mesmo com a identificação de riscos e com a adoção de medidas para reduzir a probabilidade e o impacto da sua materialização, em se concretizando o risco, a empresa poderá valer-se de suas políticas internas para aplicar as consequências lá previstas, que podem chegar até a demissão por justa causa do funcionário ou a rescisão do contrato, havendo a responsabilidade de terceiros.

Com todos os benefícios que o programa de integridade pode trazer às corporações, na perspectiva de evitação de prejuízos materiais, de imagem ou mesmo para mostrar para a sociedade e parceiros de negócios que a empresa é confiável e socialmente responsável, parece imperativa a implementação do programa pelas empresas.

É fato, contudo, que a lei não torna obrigatória a implementação do programa pelas empresas. Embora as grandes corporações, como regra geral, exijam de seus contratados a existência de programa ou a adesão aos seus programas, esse tipo de exigência não pode ser implementada pelo Poder Público, ante a falta de lei que a ampare.

Com raras exceções, como no caso do estado do Rio de Janeiro, que torna obrigatório o programa de integridade para quem queria contratar com a administração estadual, não existe na legislação federal qualquer exigência semelhante, mesmo depois da promulgação da lei 13.303/16 (Lei das Estatais), que obriga as empresas públicas e sociedades de economias mistas a terem Comitê de Auditoria Estatutário e a adotar as melhores práticas de governança e gestão de riscos.

Se as empresas com participação estatal são obrigadas a fazer a gestão dos seus riscos de integridade, incluindo os decorrentes da relação com terceiros, é natural que, a exemplo da iniciativa privada, possam fazer uma due dilligence e decidir por não contratar ou manter contratos com aqueles terceiros que representem alto risco para o negócio.

O problema é que a administração pública, assim como as empresas com participação estatal, estão vinculadas ao princípio da legalidade, ou seja, aos parâmetros e limites definidos em lei, inclusive quanto às questões relacionadas à contratação.

Dessa forma, utilizar o resultado das diligências de integridade como critério para limitar a participação de empresas em certames ou mesmo para escolher o vencedor dentre os

competidores participantes não é legal, por objetiva ausência de lei que permita tal restrição nos processos de contratação públicos.

Não havendo lei que ampare a limitação da concorrência, não se pode impedir a participação de empresas que atendam aos requisitos legais e aos critérios do edital, ainda que o risco de integridade seja alto.

Mesmo que a legalidade impeça a restrição da concorrência pelo risco de integridade, empresas têm sido impedidas de participar de concorrências promovidas pela Petrobrás, por falharem no processo de due diligence de integridade, ainda que tais empresas sejam atuais prestadoras de serviços da sociedade de econômica mista.

A questão acabou judicializada, havendo algumas poucas decisões contraditórias de primeira instância. As sentenças que reconhecem a ilegalidade na limitação da participação nas concorrências se fundamentam basicamente na inexistência de previsão legal para justificar a restrição à competição.

Do outro lado, há decisões que reconhecem a autonomia da Petrobrás em estabelecer suas regras de contratação, especialmente porque amparadas nas políticas de prevenção à corrupção aprovadas pelo seu Conselho de Administração e que a postura empresarial de evitar parceiros comerciais que tragam alto risco de integridade está em linha com a nova fase que a empresa vive no pós-operação Lava-Jato.

A polêmica travada nos tribunais não deveria ter razão de existir, se já houvesse sido promovida a tão anunciada reforma na legislação federal que trata das licitações e contratações públicas em geral.

É contraditório exigir que as empresas com participação estatal tenham uma gestão profissional e adotem as melhores práticas de governança, gestão de riscos e compliance, se estão impedidas de mitigar um conhecido foco de riscos, que deriva da contratação de terceiros.

Enquanto não vier a mudança legislativa, ainda não que desejável a celebração de negócios com empresas que possuem alto grau de risco de integridade, caberá às empresas promover supervisão mais próxima desses prestadores de serviços, quer pelos fiscais dos contratos, quer pela realização de auditorias mais periódicas, em atendimento às obrigações importas pela Lei das Estatais.

(\*) **Yuri Sahione** é advogado especialista em Direito Penal, fundador e membro do Conselho Deliberativo do [Instituto Compliance Rio](#) (ICRIO) e professor em [CEU Law School](#).

**Fonte:** [Migalhas](#), em 22.11.2018.