



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

**CONTRATOS PÚBLICOS SOB A ÓTICA DO *COMPLIANCE*
A INOVAÇÃO E A EFETIVIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Autor: Madeline Rocha Furtado

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Orientador: Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso

Número do Candidato: 30004585

Novembro de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha família, Joaquim Furtado, Monique, Andressa e Luca, por terem sido minha fonte de amor diária, fonte de força, de coragem, e por ter ficado ao meu lado nesse desafio. Tudo que foi enfrentado, inclusive uma pandemia mundial que chegou no meio dos nossos estudos, nos forçando a repensar o nosso futuro, e que acabou sendo um ponto motivador para que não pudesse desistir. É sempre a família que nos impulsiona, é o amor que nos fortalece, sem ele é impossível caminhar com determinação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos magníficos professores, doutores e funcionários da Universidade Autónoma de Lisboa por permitir conhecer um pouco da cultura desse país e de poder usufruir de um ambiente acadêmico tão especial, onde foi possível sentir ao mesmo tempo a unicidade de ideias e a diferenciação entre os povos portugueses e brasileiros.

De forma especial, agradeço aos meus orientadores, Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário e o Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso, os quais de forma específica e brilhante compartilharam seus saberes. Gratidão a todos os colegas de sala, pessoas únicas que convivemos e que de algum modo, em tempos difíceis unidos buscamos construir juntos o conhecimento. Por último um agradecimento especial a Viviane Guimarães que foi sempre presente no meu dia a dia, auxiliando na labuta diária com minha família, suprimindo minha ausência nos cuidados necessários.

RESUMO

Um tema que tem crescido muito, é o *Compliance*, isto, em decorrência de escândalos de corrupção que ocorreram no mundo e principalmente no Brasil com graves repercussões econômicas, sociais e políticas, destacando diversas perdas nessas áreas. Na área econômica, o impacto se destaca em países que apresentam altos riscos de corrupção, abuso de poder, abusos econômicos, e sistemas de suborno, que muitas vezes são até institucionalizados. Devido ao agravamento da pobreza, o tema tem grande repercussão social, isto porque a corrupção traz essa consequência, tira dos mais necessitados a oportunidade de melhoria, para satisfazer interesses privados. Traz repercussão política em sentido amplo, no que afeta os ideais políticos de uma nação próspera e focada no desenvolvimento humano, e no sentido estrito, traz inúmeros retrocessos na efetividade das políticas públicas e sociais. Essa realidade mostra a necessidade urgente de regulação, instituição de normas e regulamentos que mudem esse comportamento. O *Compliance* é um tema transversal que transcende diversas áreas do conhecimento na sociedade, no âmbito privado ou público, e traz em sua essência, o combate à corrupção. Sob o aspecto dos Contratos Públicos, objeto principal desta abordagem, pergunta-se o que de fato é inovador, com a implementação do *Compliance*? Em que medida pode impactar as contratações, esta que já se caracteriza por um sistema intrínseco de controle da própria Administração Pública. Como o *Compliance* se entrelaça com os procedimentos dessas contratações, no Brasil e em Portugal, no que diz respeito à Integridade? Essa implementação é eficaz? Para uma melhor compreensão, estuda-se a sua importância, evolução, as principais definições, conceitos e diretrizes que envolve a consecução do *Compliance* em contratos públicos. Para além da legislação, importa conhecer os princípios que regem a AP, suas nuances, procedimentos de formalização contratual dos países em estudo, sua intersecção com o *Compliance*, permeados pelas diretivas da UE. O objetivo deste trabalho é demonstrar a dimensão dos temas face à busca primordial do Interesse Público, e neste contexto, verificar a eficácia do *Compliance* nas contratações públicas, face aos principais riscos contratuais, sensíveis à corrupção, compreendendo o instrumento inserido no âmbito dos processos de contratação pública.

Palavras-chave: *Compliance*; corrupção; contratação pública; procedimentos; efetividade.

ABSTRACT

A topic that has grown a lot is Compliance, as a result of corruption scandals that occurred around the world and especially in Brazil, with serious economic, social and political repercussions, highlighting several losses in these areas. In the economic area, the impact is highlighted in countries that present high risks of corruption, abuse of power, economic abuses, and bribery systems, which are often even institutionalized. Due to the worsening of poverty, the issue has great social repercussions, because corruption brings this consequence, taking away the opportunity for improvement from those most in need, to satisfy private interests. It brings political repercussions in a broad sense, as it affects the political ideals of a prosperous nation focused on human development, and in a strict sense, it brings numerous setbacks in the effectiveness of public and social policies. This reality shows the urgent need for regulation, the establishment of standards and regulations that change this behavior. Compliance is a transversal theme that transcends different areas of knowledge in society, in the private or public sphere, and brings in its essence the fight against corruption. From the perspective of Public Contracts, the main object of this approach, the question is what is actually innovative, with the implementation of Compliance? To what extent can it impact hiring, which is already characterized by an intrinsic system of control of the Public Administration itself. How does Compliance intertwine with these hiring procedures, in Brazil and Portugal, with regard to Integrity? Is this implementation effective? For a better understanding, its importance, evolution, main definitions, concepts and guidelines involved in achieving Compliance in public contracts are studied. In addition to legislation, it is important to know the principles that govern AP, its nuances, contractual formalization procedures in the countries under study, its intersection with Compliance, permeated by EU directives. The objective of this work is to demonstrate the dimension of the themes in view of the primary pursuit of the Public Interest, and in this context, to verify the effectiveness of Compliance in public contracts, in view of the main contractual risks, sensitive to corruption, comprising the instrument inserted within the scope of the public procurement.

Keywords: *Compliance*; corruption; public procurement; procedures; effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL E EM PORTUGAL	14
1. OS CONTRATOS PÚBLICOS E O COMPLIANCE.....	14
1.1 Os Contratos públicos e o Compliance: conceito; princípios e espécies.	14
1.2 Os contratos públicos e as regras constitucionais	20
1.2.1 Constituição da República Portuguesa e as políticas públicas.	21
1.2.2. Constituição da República Federativa do Brasil e as políticas públicas.	26
1.3 As Diretivas da União Europeia para os contratos públicos.	28
1.4 O instituto do Compliance	33
1.4.1 Origem e conceito	34
1.4.2. Diretrizes; características; inovação e relevância.....	43
1.4.3 A Corrupção como âmbito de aplicação do Compliance	47
1.4.4 As diretrizes do Compliance nos contratos públicos em Portugal e no Brasil.....	55
CAPÍTULO II – O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL	57
2. DIRETRIZES DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL.....	57
2.1. Análise dos principais dispositivos do Código de Contratos Públicos	57
2.1.1 A fase pré-contratual dos Contratos Públicos em Portugal.	73
2.1.2. Procedimentos para formação dos contratos públicos	80
2.2 As regras dos contratos públicos em Portugal	87
2.2.1. Tipos de Contratos e as vedações do artigo 55º do CCP.....	87
2.2.2. A concessão e a empreitada de obras públicas.....	89
2.2.3. A concessão de serviços públicos	89
2.2.4. A locação ou aquisição de bens móveis	90
2.2.5. A aquisição de serviços e sociedade	91
2.2.6 Os contratos, a formação do preço e os documentos de habilitação	91
2.2.7. Execução contratual e as alterações posteriores.....	92
2.3. O Compliance e os contratos	97

2.3.1. O impacto da exigência do Compliance ou Programas de Integridade nas contratações públicas.....	102
2.3.2. Os principais riscos identificados nas contratações públicas	103
2.3.3. A análise do artigo 87 do CCP	107
2.3.4. Compliance e o preço dos contratos (art.º. 97.º)	108
2.3.5. A Parceria para a inovação nos contratos públicos em Portugal.....	111
CAPÍTULO III – VISÃO SISTÊMICA DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO	
NO BRASIL.....	115
3. DIRETRIZES DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO	
BRASIL	115
3.1 Análise dos principais dispositivos da legislação brasileira	115
3.2 A fase pré-contratual dos contratos públicos nas legislações em vigor.....	118
3.2.1. O planejamento como ferramenta de controle prévio	119
3.3 Procedimentos para formação dos contratos públicos na Lei Brasileira	120
3.3.1. Contratações sem licitação ou Contratação Direta.....	121
3.3.2. Dispensas de Licitação e Inexigibilidade: conceitos doutrinários	121
3.3.2.1. As contratações diretas na Nova Lei de Licitações Brasileira.....	122
3.3.2.2. Regras para a licitação na Lei nº 8.666/93 e as mudanças trazidas pela NLLC-Nova Lei de Licitações e Contratos.	122
3.4. Tipos de contratos	123
3.4.1 Cláusulas essenciais nos contratos públicos brasileiro	123
3.4.2. O preço do contrato e as possíveis alterações de valor	124
3.4.3. A execução contratual, a gestão e a fiscalização.....	125
3.5. O impacto da exigência do Compliance nas contratações públicas.....	126
3.5.1. As exigências de Compliance pela Administração Pública no âmbito dos Estados e Municípios brasileiros.....	129
3.5.2. Os principais riscos identificados nas contratações públicas	131
3.5.3. Compliance e o preço dos contratos.....	133
3.5.4. As vantagens e desvantagens dos Programas de Compliance instituídos pelas legislações brasileiras para as empresas licitantes.	134
3.5.5. A fase pós - contratação e a implementação do programa de Compliance pelos fornecedores contratados.	135
CONCLUSÃO	137

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
---	------------

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Benchmark da administração pública Brasil e Portugal	24
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS

ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas
AGU - Advocacia Geral da União
AP - Administração Pública
APF- Administração Pública Federal
ART - Artigo
CC – Código Civil
CCP – Código dos Contratos Públicos
CP – Código Penal
CPA – Código do Procedimento Administrativo
CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSC – Código das Sociedades Comerciais
ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
DL – Decreto-Lei
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU - Organização das Nações Unidas
RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas
SGPS – Sociedades Gestoras de Participações Sociais
SOX - Sarbanes-OxleyAct
STA – Supremo Tribunal Administrativo
TCU - Tribunal de Contas da União
TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TCA Norte – Tribunal Central Administrativo Norte
TCA Norte – Tribunal Central Administrativo Norte
UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Uma nova realidade se mostra transformando a sociedade atual, o avanço da tecnologia e a disponibilização das informações em tempo real tem contribuído para a transparência das informações privadas e públicas, e em especial as informações relativas às aquisições públicas e o emprego correto dos recursos públicos. Nesse compasso se observa que as denúncias de corrupção se tornaram mais visíveis e acessíveis pela sociedade mostrando toda a arquitetura dos processos corrompidos. Com essa visibilidade e mediante as alterações legislativas cria-se um campo de defesa da corrupção em várias áreas da sociedade.

Assim, surge o *Compliance*, como um robusto instrumento de verificação em que se pode constatar a conformidade da empregabilidade das normas às situações jurídicas, em vários campos do conhecimento, seja, na área econômica, na área da saúde, finanças, entre outras de caráter governamental ou privado. O Estado por meio de sua estrutura administrativa na realização das aquisições públicas se submete as regras instituídas por meio de leis, decretos, instruções e demais regulamentos que são perseguidos por seus operadores e agentes, na área de licitações e contratos públicos. Deste modo, destaca-se a existência desse arcabouço jurídico sua obrigatoriedade de cumprimento e conformidade para as aquisições das compras e contratos públicos, seja no Brasil ou Portugal, tais aquisições públicas e seus contratos são regidas por leis e os agentes só poderão agir sob sua tutela.

Entretanto, tais contratos públicos denotam abordagens jurídicas diferenciadas entre os dois países citados, como também, os problemas deles decorrentes. Existem várias situações nas práticas processuais licitatórias e contratuais que podem gerar conflitos nas relações entre o setor público e o privado, e que necessitam ser constantemente gerenciadas e monitoradas. O cumprimento da legislação dos países são objeto de controle e fiscalização, sejam esses controles, interno ou externo com fim de regular tais contratações e o emprego correto dos orçamentos públicos.

O tema “contratos públicos” traz consigo uma característica peculiar no direito, em razão de envolver grandes volumes de recursos financeiros de caráter público, assim, denota um tema de grande sensibilidade: um “velho” e um “novo” problema que permeia as relações contratuais na área pública, a tão conhecida corrupção que conforme o tempo passa vem se sofisticando e se manifestando de várias formas. Nesse contexto, várias são as formas de controle pela Administração Pública e pelos órgãos fiscalizadores, por meio de diferentes ferramentas, dentre estas, destaca-se um novo instrumento, o *Compliance*.

O instrumento desponta como uma diretriz de enfrentamento aos problemas de corrupção em várias áreas na busca de efetivar a responsabilização das pessoas jurídicas em

suas atividades. O núcleo da problematização deste trabalho, no âmbito do direito administrativo visa a abordar as questões sensíveis à corrupção e impactantes às aquisições públicas realizadas pelos Estados e suas contratações. Para tanto, o âmbito do estudo restringe-se ao emaranhado de atos jurídicos que envolvem a formalização dos contratos das aquisições públicas de bens, obras e serviços realizados entre o Estado e os terceiros privados instrumentando essas, e o ponto de conflito de interesses, permeado pela corrupção e a inovação dessas relações. O tema traz significativa diferença de abordagem entre os dois países, seja em razão da cultura, seja em razão da configuração das suas leis. Percebe-se que, diferentemente de Portugal, o problema da corrupção no Brasil, é destaque no mundo, em especial, na última década. Essa corrupção se instala nas relações jurídicas firmadas entre vários setores da economia, seja no setor público ou no setor privado, ou entre ambos, em especial, quando se trata de situações que com grandes volumes de recursos públicos dos processos de contratação.

Partindo da análise dos processos de contratos públicos em seus mais variados objetos e formatos, verifica-se que as situações de corrupção podem se manifestar de diversas formas e momentos diferenciados da instrução processual, sendo o *Compliance* referenciado como um modelo a ser inserido nas organizações (públicas e privadas) com o objetivo de estabelecer diretrizes de prevenção de atos de corrupção nessas relações. Deste modo, a inovadora inserção desse instrumento vai ao encontro da realidade antagônica de interesses existentes entre a área pública e as organizações privadas, no desenrolar da formalização dos contratos públicos, trazendo uma nova perspectiva para o interesse público, tão perseguido.

É sabido que algumas atividades desempenhadas pelos agentes públicos nas relações entre público e privado são permeadas por conflitos de interesses que se configuram em atos de improbidade administrativa, atos irregulares, ilegais, fraudes e/ou com indícios de corrupção. Nesse aspecto, as diretrizes trazidas pelo instrumento do *Compliance* são ferramentas importantes no combate à corrupção, tanto por parte do Governo como por parte do setor privado. Isto posto, visando alcançar a discussão e o aprofundamento do tema, é importante trazer à tona a importância dos contratos públicos, buscar identificar os impactos desse novo incremento e os possíveis resultados a serem alcançados no Brasil e paralelamente, demonstrar a presença desse instrumento também nas atividades da Administração Pública em Portugal, frente às diretivas da UE.

Na busca de responder algumas questões intrínsecas ao tema em debate, será apresentado no desenvolver deste trabalho, a estrutura do processo de contratação pública, suas formulações em ambos os países em estudo, e neste processo, verificar a aplicação do instrumento do *Compliance*. Assim, de forma preliminar, questiona-se: de que forma, esse instrumento inova no processo de contratações públicas? Quais os pontos ou “riscos” sensíveis

à corrupção que podem permear as fases processuais dos contratos públicos, e como identificá-los? Uma vez identificados: quais as diretrizes a serem adotadas pelas regras do *Compliance* nos contratos públicos? Quais os resultados pretendidos com a implementação desse instrumento nas licitações e contratações públicas?

A abordagem do tema será inserida numa macro visão do processo de contratação em ambos os países, por meio da exposição dissertativa. Observa-se que como pano de fundo o tema se insere em um contexto teórico-dogmático, entendendo-se este como sendo revestido de caráter doutrinário. Nessa perspectiva se faz necessário abordar as fases do processo de aquisição pública (iniciando-se pela fase pré-contratual, seguido da fase de seleção do futuro contratado, e por último, a avaliação da fase contratual (execução e gestão) sob esse aspeto, a fim de detetar os pontos relevantes e sensíveis ao estudo e aplicabilidade do referido instrumento. Considerando a amplitude do tema, buscar-se-á destacar os pontos principais das contratações. Nesse panorama, demonstra-se os pontos vulneráveis à corrupção no processo de contratação e a possível inserção dos programas de *Compliance*, seus impactos, sua efetividade, na realidade brasileira e na realidade portuguesa. Deste modo, constrói-se a linha de raciocínio nos capítulos que se desenrolarão da seguinte forma:

O capítulo 1 abordará os conceitos e diretrizes pertinentes a formação dos contratos públicos introduzindo o *Compliance*, demonstrando as regras a serem cumpridas na formação desses contratos numa visão macro, de forma que, possam ser avaliadas as diferentes composições estruturais desse tipo de contrato, seja, em Portugal ou no Brasil. Observando em paralelo, as diretrizes sobre o tema na UE- União Europeia.

No capítulo 2, considerando as análises preliminares da formação dos contratos públicos frente às regras já existentes, será abordado o processo de contratação em Portugal, identificando os possíveis pontos ou riscos sensíveis aos atos de corrupção, seja na fase pré – contratual, como na fase pós- contratual, bem como, a análise dos resultados pretendidos. Para tanto, se faz necessário identificar as principais diretrizes legais do processo de contratação pública no ordenamento jurídico de Portugal; investigar, identificar e avaliar pontualmente as áreas frágeis ou “riscos” possíveis de atos de corrupção que permeiam a formação dos contratos públicos, assim, salienta-se que no setor público, o tema análise de riscos se tornou importante, pois, são muitos os riscos que permeiam os governos, desde riscos na área de saúde, educação, etc. Deste modo, após a apresentação dos procedimentos das referidas fases, se faz necessário destacar a identificação dos principais pontos sensíveis aos atos de corrupção nas atividades rotineiras da formalização processual e o instrumento do *Compliance* frente a essa realidade nos contratos públicos já formalizados.

O capítulo 3, buscar-se-á demonstrar o processo de contratação no Brasil, seguindo uma visão sistêmica na linha do tempo do processo, realizando uma análise dos dispositivos legais, seus procedimentos, os riscos referentes as principais fases, pré-contratual e pós-contratual. No tocante a tais procedimentos, o Brasil passa por momento de transição entre duas leis, a Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/93 (Lei antiga), e a inauguração de um novo estatuto, a Lei 14.133/2021 (Lei atual), vigentes simultaneamente.

Assim, nesse capítulo, buscar-se-á identificar as áreas sensíveis à atos de corrupção nos procedimentos inerentes à legislação brasileira e a interface com o instrumento do *Compliance* frente as situações dispostas, esse como instrumento inovador nos contratos públicos no Brasil. Conclui-se então com a abordagem da aplicação efetiva desse instrumento, e os resultados esperados com a sua inserção no que diz respeito a conformidade das regras no âmbito das licitações e contratações públicas.

Este trabalho considera o método de abordagem dialética, expositiva, histórica e dissertativa baseado em pesquisa bibliográfica, doutrina e jurisprudência, aliado aos requisitos legais e normativos que se relacionam com os temas, em Portugal e no Brasil.

CAPÍTULO I – AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL E EM PORTUGAL

1. OS CONTRATOS PÚBLICOS E O *COMPLIANCE*

Este capítulo abordará os principais conceitos do tema Contratos Públicos no Brasil e em Portugal, a fundamentação constitucional e legal do tema, assim como as Diretivas da UE acerca do tema. Paralelamente buscar-se-á inserir o instituto inovador do *Compliance* na seara dos contratos públicos, a introdução desse tema, diretrizes, conceitos, e sua repercussão nos procedimentos contratuais, como instrumento de combate à Corrupção.

1.1 Os Contratos públicos e o *Compliance*: conceito; princípios e espécies.

Preliminarmente destaca-se o necessário entendimento dos conceitos, princípios e espécies de contratos, sendo o contrato, um conceito jurídico, que de forma sucinta, tem a finalidade exprimir em linguagem jurídica princípios e regras de direito¹, assim, de forma sintética, porém, tal conceito precisa ser considerado além de seus limites jurídicos, pois, também refletem a realidade em que está circunscrito. Tal realidade externa compreende diversas situações e circunstâncias, estas contemplando interesses por vezes conflituosos, divergentes entre si. Neste contexto, o contrato concebido por Roppo, Enzo trazia consigo uma realidade “económico-social que lhe subjaz a da qual ele representa a tradução científico jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato”, assim entende que a ideia do contrato vai além da percepção exclusivamente jurídica, e sustenta² que o contrato-conceito jurídico é resultante do instrumental “contrato-operação económica”, este seria sua veste formal, e, conclui que “onde não há operação económica, não pode haver também contrato”.

Os contratos públicos se originam das relações jurídicas entre públicos e privados ou entre entes públicos. Em Portugal, o contrato no direito privado, está disposto no Código Civil Português³, e, é abraçado por diversos princípios, como por exemplo, o princípio da liberdade no artigo 405º no que se refere ao seu conteúdo; este, inserido nos limites da lei, seguido pelo princípio da eficácia, entre outros.

Portugal vem passando por várias mudanças económicas nas últimas décadas, incorporando-se a UE, política, económica e socialmente, e essas exigem adaptações

¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, p. 7.

² Idem, p. 11.

³ CÓDIGO Civil. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. *Diário do Governo, Série I. n.º 274/1966*.

significativas no seu ordenamento jurídico, sejam no âmbito privado, ou no setor público. Este raciocínio é relevante, pois, em que pese os contratos públicos serem regidos por lei específica, muito da formação da que base desses contratos provém do direito privado. A terminologia utilizada para definir essa relação entre público e privado em Portugal é contrato público, enquanto no Brasil, é comum se equipará-los à contrato “administrativo”, no entanto, a expressão “contrato administrativo” destina-se aos ajustes feitos pela Administração, sejam essas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas com fins e regime de direito público, sendo que essa apresenta divergências doutrinária.⁴

Trazendo à baila esse entendimento, existem três correntes acerca do tema: uma, que nega a existência de contrato administrativo; outra que afirma que todos os que são firmados pela Administração são “contratos administrativos”; e uma terceira corrente que define contrato como gênero, sendo a espécie, os contratos administrativos. Destarte, é importante destacar que o contrato, seja ele qual for, tem um núcleo, nesses termos⁵, o objeto do contrato é o seu núcleo, considerando o objeto do contrato aquele que compreenderá uma obrigação, seja essa de “dar”, “fazer” ou “não fazer”. Pois bem, os contratos envolvem tais obrigações, e na área pública a contratação tem início antes da própria formalização contratual, ou seja, na fase pré-contratual.

As contratações públicas estão previstas no ordenamento jurídico português e brasileiro, no Decreto-Lei nº. 18/2008⁶ e na Lei nº. 8.666/93⁷, respectivamente, assim, como, no novo estatuto jurídico da Lei de Licitações e Contratos, brasileiro, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021⁸, com aplicação obrigatória a partir de janeiro de 2024 (prazo inicial para vigência obrigatória, prorrogado) estabelecendo as diretrizes, os princípios e os procedimentos necessários às contratações públicas. Em linhas gerais, os contratos públicos abarcam diversos tipos de contratos, mas, destacam-se aqui, os contratos que se relacionam com as aquisições públicas, sejam, essas, bens móveis, obras (empreitadas) e alguns contratos de serviços firmados com terceiros particulares, realizados pelo setor público. Para tanto, são utilizadas várias regras que se consolidam em diversas leis, decretos, decretos-lei, instruções normativas, legislações de ambos os países, como também, as principais diretivas da UE que acabam interferindo nos contratos também em Portugal.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 251.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 683.

⁶ DECRETO - Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República, Série I. n.º 20/2008**, de 2008-01-29.

⁷ LEI nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. **Diário Oficial da União - Seção 1**, de 22.06.1993.

⁸ LEI n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União - Seção: 1**, de 11.06.2021.

Na doutrina brasileira, os contratos públicos numa definição simples e objetiva, é “todo acordo de vontades firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”⁹. O contrato também é entendido¹⁰ como sendo “um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”. Para Gomes, Orlando apud Greco, Renato o conceito de contrato está inserido numa abordagem sistemática, de modo que o sistema se assemelha a uma pirâmide, tendo no vértice um conceito generalíssimo, de onde se desdobram variados conceitos, tipos, subtipos, consignando tal método do pensamento formal, à jurisprudência dos conceitos. Assim, conclui que o “contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico, bilateral ou plurilateral”¹¹. Observa-se então que o vínculo jurídico do contrato é a obrigação¹², assim, as partes se obrigam a cumprir as prestações acordadas.

Antunes Varela apud Grecco¹³ “diz-se contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado, aceitação, do outro), contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”. Deste modo, sendo o vínculo jurídico o núcleo central da obrigação e o consenso o elemento central do contrato¹⁴, Roppo, Vincenzo apud Grecco, afirma que o “accordo é o principal requisito do contrato”. Os conceitos se assemelham e se distinguem também na doutrina portuguesa que é bastante robusta no direito dos contratos públicos. Neste compasso, existe uma grande evolução do contrato administrativo em Portugal¹⁵ pois, anteriormente, Portugal imputava a todos os contratos da Administração Pública à natureza de Direito Privado, e gradativamente, foi alterando para o regime jurídico de Direito Administrativo, assim, só posteriormente, o Direito Administrativo passa a regimentar o poder administrativo. Faz-se aqui um parentese importante para uma maior compreensão do objeto de estudo do direito administrativo, este que após uma evolução significativa, acabou por trazer várias definições e conceitos importantes. Pois bem, ao final do século XIX, o direito administrativo foi sendo alterado em algumas partes do mundo, destacando-se no Estado Francês, a passagem do “puissance public” para o “service public”, ou seja, o Poder Público

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 205.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 284.

¹¹ GRECCO, Renato. **O Momento da Formação do Contrato. A Fase Pré-Contratual**, p. 17

¹² Idem, p. 19.

¹³ Ibidem, p. 21.

¹⁴ GRECCO, Op. cit, p. 22.

¹⁵ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português**, p. 109-129.

passa a ter uma nova roupagem em que o Estado deixa de ser apenas um Poder de comando para ser um poder que possibilita a prestação dos serviços públicos¹⁶. A doutrina à época citada era encabeçada por Duguit, Léon¹⁷, o qual defendia que o direito administrativo não tinha como objeto o estudo da soberania do Estado, e sim, a gestão dos serviços públicos. Percebe-se então, que o ramo do direito administrativo consolida as regras e normas desse direito, e os contratos firmados entre a Administração e terceiros cumprem então, as delimitações de atuação entre o setor público e o setor privado, quando se estar no âmbito público.

Em outro giro, chama-se a atenção para os dizeres de Gonçalves¹⁸ ao analisar as funções e os valores do Direito Administrativo, teste regulador dos contratos públicos, traz uma ideia inovadora, a de que o direito administrativo é direito "de toda a gente", assim como o direito privado, pois se trata "também de um direito dos cidadãos em relação com a Administração Pública". Não sendo esses cidadãos "quaisquer uns ou todos", pois, consideram àqueles que tem relação com a Administração Pública. De fato, a análise é simples, à medida em que se considera que o Direito Administrativo alcança os cidadãos que com ele se relacionam. Deste modo, Gonçalves¹⁹ ressalta a importância de se compreender a disciplina do direito administrativo, como sendo um: "conjunto das normas jurídicas, de várias proveniências, distintas por dirigirem, ou à Administração Pública, com o propósito de a organizar, de indicar as suas missões e competências de definir os termos e as condições do desenvolvimento da função administrativa, ou, aos cidadãos, com o objetivo de lhes conferir direitos ou de os onerar com deveres no âmbito de relações entre eles e a Administração Pública (...)".

Observa-se que as normas de Direito Administrativo se fundamentam nas Constituições portuguesa e brasileira e no ordenamento jurídico da União Europeia, ressaltando-se a força desse direito, suas funções e sua interface com o direito privado, sendo esse direito administrativo instituído para disciplinar o poder administrativo²⁰, quando exercido

¹⁶ HEINEN, Juliano. **História, evolução e desafios contemporâneos do Direito Administrativo**. Fórum Administrativo – FA, p. 37-59

¹⁷ MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Renata de Albuquerque. **Análise comparada da natureza da atividade jurisdicional no sistema brasileiro à luz do conceito de serviços públicos no sistema francês**, p. 34-42. (...) "conceito de serviço público, historicamente, teve sua elaboração iniciada na França e desenvolveu-se sob o manto da denominada "escola do serviço público", liderada por Léon Duguit".

¹⁸ GONÇALVES, Pedro. Costa. **Funções e valores do Direito Administrativo**. Revisto de Direito Administrativo e/Infraestrutura. vol. 1, n.3, p. 26.

¹⁹ Idem, p. 27.

²⁰ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português**, p. 6. (...) "O Direito Administrativo nasce precisamente para disciplinar o poder administrativo, enquadrar as suas prerrogativas públicas face aos direitos e interesses dos particulares (no âmbito das atividades de gestão pública) e consagrar (e,

pela Administração Pública que detém²¹: “uma dupla subordinação: subordinação à lei e ao direito, por um lado, e subordinação aos tribunais, por outro lado”.

No direito administrativo português, os contratos públicos surgem com a celebração de contratos de concessão de serviços de transportes coletivos urbanos e interurbanos e iluminação de cidades²², recebidos no CPA e no âmbito dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, estes, responsáveis por analisar e resolver as situações de litígios desses contratos administrativos. Entretanto, no ordenamento jurídico português, tais contratos administrativos estão previstos no art.º 278º do CCP, sendo entendido²³ como uma “subcategoria de contrato público” regido pelo Decreto-Lei nº 18/2008²⁴ que estabeleceu o CCP. Este Código preconiza de pronto, no artigo 1º, item 1, o âmbito de aplicação das suas regras, assim como também, estabelece o regime dos contratos públicos, porém, ainda traz nesse momento, a separação entre esses contratos e os contratos administrativos, visto que a norma não se aplica a todos os contratos públicos, e sim, aos contratos administrativos. Destaca-se as palavras de Almeida apud Silva²⁵ que “considera contratos públicos todos os contratos que, independentemente da natureza das entidades que o celebram, são submetidos, pelo menos quanto algum dos seus aspetos de regime, a normas de Direito Administrativo”.

No que diz respeito ao regime da contratação, o CCP traz disposição específicas de aplicação, inseridas na parte II, como será visto adiante. Mas, é possível afirmar que a legislação citada não dispõe sobre definição do contrato público, nem contrato administrativo. Nessa linha, o CCP não tem uma definição expressa de contrato administrativo, entretanto, há uma identificação do que seria um contrato administrativo, por meio de vários elementos, como o art.º 29 e seguintes, combinando com o art.º 1º, 6 e 281º, 2 e 3, sendo praticamente idêntica a definição do disposto lá no artigo 178 do CPA²⁶. Este contrato se caracteriza pela existência de um ato positivo e imaterial, tem natureza bilateral e só fica perfeito com concurso de duas vontades contrapostas. Nesta linha de raciocínio: (...) “O contrato administrativo é um acordo de vontades que visa a produção de efeitos sobre uma relação jurídica administrativa”, sendo

de certa forma, limitar) a atuação da AP numa posição de paridade relativamente aos particulares, sem nunca perder de vista a prossecução do interesse público (no âmbito das atividades de gestão privada)”.

²¹ Idem, p. 9.

²² Idem, p. 3.

²³ Idem, p. 5.

²⁴ DECRETO - Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. CCP - Código de Processos públicos. **Diário da República, Série I. N.º 20/2008.**

²⁵ SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado**, p. 14.

²⁶ DECRETO - Lei nº 4/2015. CPA-Código de Processos Administrativos. **Diário da República, Série I. N.º 4/2015 de 2015-01-07.** (...) “Artigo 200.º. Espécies de contratos. 1 - Os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado”.

também um “acto positivo e imaterial”, e de “natureza bilateral”, ou seja, só existe se houver a vontade de duas partes, sendo uma característica estrutural que permite trazer sua distinção dos demais²⁷. Observa-se que, é ponto comum na doutrina portuguesa e brasileira a palavra “acordo” de vontades, o que se pode depreender imediatamente que existe no acordo de vontades presente um princípio forte que rege as contratações, que é o princípio da liberdade. Nesse mote, o contrato administrativo visa a produção de efeitos sobre a relação jurídica administrativa, que podem ser constitutivos, incluindo a criação, suspensão, modificação, extinção ou meramente declarativos²⁸. As regras dos contratos públicos estão inseridas no Direito Administrativo brasileiro²⁹, e este Direito presente nos manuais, foi resultante da influência de diferentes direitos.

A Administração pública sofre alterações pelas mudanças que ocorrem ao longo do tempo na sociedade, e essas mudanças têm levado a uma necessidade de uma organização menos rígida, nesse contexto, se busca uma nova Gestão Pública, com foco no negócio, que seja anti-burocrática e que tragam outros valores como a eficiência, o serviço, a orientação para o cliente e a qualidade. Porém, essas mudanças não se concretizam imediatamente, tendo em vista que a legislação é o amparo da atividade estatal, -sem adentrar na matéria específica das teorias da Administração, mas, com ela correlacionando o Direito Administrativo-, vê-se que a disciplina que rege a atuação da Administração Pública, esta, inserida no Poder Executivo, e visualizada sob duas vertentes: funcional e organizacional³⁰, isto traz uma maior dificuldade de definição da Administração Pública, pois essa “se deixa descrever, mas não se deixa definir”.

Nesse sentido, é possível se verificar uma dificuldade quanto à separação entre Governo e Administração, acentuada por uma tendência de associação do termo “governo” ao Poder Executivo. Essas situações se tornam visíveis no Brasil, por coexistir no Poder Executivo funções governamentais e administrativas³¹. Deste modo, é importante ressaltar que existem semelhanças e diferenças na aplicação do Direito Administrativo nos contratos públicos em Portugal e no Brasil.

²⁷ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral**. Tomo III. p. 19.

²⁸ Idem, p. 20

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 25.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, p. 43. Para a autora, sob o ponto de vista funcional, estas vertentes se referem ao (...) “conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a administração, como por exemplo, ensino público, coleta de lixo.” Enquanto, o ângulo organizacional, este representa o (...) “conjunto de órgãos e entes estatais produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo”. Por exemplo, Ministérios, Secretarias, etc.

³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, p. 45.

1.2 Os contratos públicos e as regras constitucionais

As regras Constitucionais são a matriz de toda atividade exercida pelo direito público, é o “pano de fundo” na seara das aquisições públicas, nos contratos públicos e no comportamento institucional da utilização da máquina administrativa frente ao atendimento das políticas públicas, inseridas em várias áreas de atividade do Governo, seja área de saúde, educação, moradia, etc. Esta engrenagem pertencente ao Estado, pode em algumas situações serem compartilhadas com o terceiro setor, este considerado, uma organização de uma parcela da sociedade revestida de uma pessoa jurídica sob várias formas.

No Direito Português, a relação jurídica administrativa está presente no exercício das funções administrativas do Estado³² assim como, a descentralização administrativa³³ e sua tutela, com previsão Constitucional³⁴, tendo as autarquias locais que cumprir a Lei que disciplina tais relações, sendo as possíveis situações de litígio conforme a Constituição portuguesa de competência dos Tribunais Administrativos³⁵, situação diferente do Brasil, em que não há um Tribunal Administrativo. Em Portugal o Código de Processo, o CPTA, aprovado pela Lei nº. 15/2002, de 22 de fevereiro disciplina tais situações a serem resolvidas nesse Tribunal que tem como finalidade proteger alguns direitos que envolvam questões administrativas, situações previstas no artigo 2º item 2, deste Código. Destaca-se nas diretrizes do CPTA³⁶ as competências em matéria de responsabilidade civil, disposta no artigo 18º em que definem tal responsabilidade em extracontratual e a responsabilidade decorrente de omissão de um ato administrativo ou de uma norma, seguido pelo artigo 19º que assevera sobre as matérias relativas aos contratos.

Na análise dos processos dirigidos ao CPTA, alguns podem se caracterizar como urgentes, conforme artigo 36º, alínea “c”. Neste sentido, Gonçalves³⁷ levanta alguns questionamentos acerca desse procedimento, denominado de contencioso pré-contratual urgente, no sentido de que se esses não se aplicariam a outros tipos de objetos contratuais. Para ele os possíveis casos de contencioso pré-contratual não são enquadrados como urgentes, tais

³² DECRETO de Aprovação da Constituição. **Diário da República, Série I**. N.º 86/1976, de 1976-04-10

³³ Idem. Cf. Art. 237º. “1. As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa”.

³⁴ Idem. Cf. Art. 242º. “1. A tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei”.

³⁵ Idem. Cf. Art. 212º, “3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.”

³⁶ CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos. **Diário da República, Série I-A**. N.º 45/2002, de 2002-02-22.

³⁷ GONÇALVES. Pedro Costa. **Funções e valores do Direito Administrativo**. Revisto de Direito Administrativo e Infraestrutura, p. 4.

como, o procedimento de ajuste direto ou de concurso limitado entre outros. Conforme bem abordado, são situações muito comuns, que na fase pré-contratual, as situações de litígio se encontrem mais definidas nos momentos do procedimento de adjudicação de contratos, seja este por ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, diálogo concorrencial e negociação, entretanto, destaca-se que o conflito se concentra em momento específico, no ato de adjudicar. Em França, a partir de 1870, começa a aceitação da figura dos contratos administrativos como figura distinta dos contratos de direito privado³⁸.

1.2.1 Constituição da República Portuguesa e as políticas públicas.

Observa-se que a Constituição portuguesa tem uma preocupação primordial com os direitos sociais, o país se diferencia dos demais países da Europa quando invoca em sua Constituição muitos dispositivos de garantia desses direitos aos seus cidadãos, e segundo relatam³⁹ Silva e Vieira: “As condições socioeconómicas e as tradições jurídicas de um país são frequentemente apresentadas como explicações para a inclusão de direitos sociais na respetiva constituição”. Independentemente das razões pelas quais cada país insere tais direitos na Carta Constitucional, fato é que para a efetivação desses direitos, há se convir que quanto maior for a demanda, maior será a estrutura organizacional para concretizá-los, isto se pode ver no texto constitucional português, que traz as obrigações do Estado⁴⁰. Preliminarmente, destaca-se o Capítulo III da CRP, o qual versa sobre os direitos e deveres sociais, estes previstos no artigo 63º, em que põe o Estado como provedor desse direito, por meio de um sistema⁴¹, seguido pelo artigo 64º, com destaque ao direito à saúde, o qual entre outras medidas, a de garantir o acesso de todos os cidadãos à saúde, requerendo uma estrutura estatal para prover tais direitos. Da mesma forma, se ver no art. 65º da CRP, direito habitacional, e os requisitos de qualidade, ou seja, não somente ter acesso a moradia, mas a uma moradia que permita “dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, assim, mais uma vez, o Estado Português é desafiado a concretizar tal premissa,

³⁸ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III, p. 21.

³⁹SILVA, Filipe Carreira da, VIEIRA, Mónica Brito. **Direitos sociais na Constituição**. Uma análise da constitucionalização dos direitos sociais em Portugal, 1975-76.

⁴⁰ DECRETO de Aprovação da Constituição. **Diário da República, Série I**. N.º 86/1976, de 1976-04-10

⁴¹ DECRETO de Aprovação da Constituição. **Diário da República, Série I**. N.º 86/1976, de 1976-04-10. Ver item 3 acerca do sistema de segurança social.

conforme a Lei de Bases da Habitação⁴² e demais políticas, dirigidas à pessoas e famílias⁴³. Ora, se percebe claramente, que a concretização dessas políticas exige do Estado Português um orçamento robusto, principalmente, frente às imigrações constantes na Europa. Pois bem, na prática, como se efetivam tais direitos? Conforme dispõe o artigo 20º, o Estado Português por meio de políticas regionais e locais, insere as regiões autónomas e as autarquias, bem como, as comunidades intermunicipais, assim como, as áreas metropolitanas no processo de definição da política e sua execução. Isto se chama Governabilidade⁴⁴, e demanda a existência de uma instituição ou organização e seus quadros de pessoal para implementar tais políticas, o que ensejara a execução de recurso públicos para viabilizar. No dizer de Saravia e Ferrarezi,⁴⁵ as instituições desempenham um papel decisivo nas políticas públicas, para tanto, pois decorre dessas as principais decisões por meio de suas estruturas organizacionais e pessoal. Políticas públicas efetivam os direitos sociais, e um direito social por vezes pode se destacar mais que outro, como é o caso do direito à habitação, este que sofreu maior impacto e interferência durante a pandemia do COVID-19, exigindo do Estado atendimento específico para as questões da habitação⁴⁶. Em outro giro, vê-se o âmbito do direito social ambiental sendo um direito e um dever mundial, pois todos, sem exceção precisam do ambiente equilibrado para prover a própria vida, mas, precisa também contribuir para isso. Sob esse aspecto o artº. 66º da CRP, traz a responsabilidade do equilíbrio do meio ambiente para o Estado com a participação dos cidadãos, observando que tais diretrizes precisam se incorporar nas aquisições públicas, pois tem o Estado um grande poder de compra.

Chama-se a atenção de que as diretrizes constitucionais do meio ambiente portuguesas estão em consonância com os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) integrados, adotados pelas Nações Unidas em 2015, dentre esses está a Sustentabilidade no viés social, econômico e ambiental. O tema é extremamente denso, pois a Sustentabilidade não se resume a um tema delimitado de objeto estudo, tem característica multidimensional, transpassando várias áreas do conhecimento, por exemplo, alcançando também os contratos públicos. Nesse aspeto, destaca-se o subtema inscrito no Reexame da

⁴² LEI de Base da habitação. Lei nº 83, de 3 de setembro de 2019. **Diário da República, Série I**. N.º 168/2019, de 2019-09-03, p. 11-33.

⁴³ Idem. Ver o artigo 8º item 4 acerca da política de proteção adicional às pessoas e famílias em situação de especial vulnerabilidade.

⁴⁴ MONTEIRO, Jorge Vianna. **A Conjuntura das Escolhas Públicas. Governabilidade**. Seções Especiais- Rev., Adm. Pública. 42. jun.2008. Segundo afirma o autor (...) “Governabilidade está associada à distribuição de poder decisório, primeiramente entre agentes públicos e, por consequência, afetando os processos decisórios privados. E mais: governabilidade diz respeito ao exercício do poder governamental, de modo a viabilizar os principais resultados macroeconômicos, em um dado ambiente institucional”.

⁴⁵ SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Organizadores. **Políticas públicas**; coletânea. Brasília: ENAP, 2006.

⁴⁶ DECRETO-Lei nº 89/2021, **Diário da República, Série I**, n.º 213/2021, p. 15-22.

aplicação da política ambiental de 2019 (Relatório de Portugal) realizado pela Comissão Europeia⁴⁷, e o quanto é significativo o poder de compra da UE- União Europeia e a necessidade de se investir a aplicabilidade desses recursos em contratos públicos ecológicos. Conforme dispõe o referido Relatório, são 21 (vinte e um) grupos prioritários⁴⁸, estes se relacionam com a “Estratégia Nacional 2020” na qual foram estabelecidos objetivos aplicáveis ao Sistema Nacional de Compras Públicas, abrangendo a maior parte dos organismos públicos. O projeto intenciona atingir a realização de contratos públicos associando “critérios ambientais a 60% dos procedimentos pré-contratuais e a 60 % do montante dos procedimentos pré-contratuais até 2020”, também para as empresas públicas, em patamar menor de 40%.

Essas diretrizes estão previstas na CRP no artº 199º, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 141/2018⁴⁹, que insere novos paradigmas nas contratações na busca de uma “economia circular”, conforme Plano de Ação para a Economia Circular, com a ideia de que a economia circular é para substituir o conceito de economia linear, isto trará grande impacto nas contratações futuras. Outras medidas foram tomadas em Portugal, com impacto direto nas compras do Estado, a exemplo da redução do consumo de papel e de consumíveis de impressão. As compras públicas e seus contratos delas decorrentes precisam adequar as especificações técnicas do objeto aos critérios de sustentabilidade ambiental, considerando o ciclo de vida do produto, definido no artigo 65º da Diretiva 2014/24/UE. Isto é sustentabilidade, e envolve regras, e seu cumprimento, e pode ser uma área de riscos a ser considerada nas contratações, nos termos da Estratégia Nacional para Compras Públicas Ecológicas 2020 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2016, de 29 de julho) que tem aplicação em todo o Estado e nas Administrações direta e indireta bem como ao setor empresarial⁵⁰.

⁴⁷ COMISSÃO Europeia. **Documento de trabalho dos serviços da Comissão. Reexame da aplicação da política ambiental de 2019.** Relatório por país — Portugal que acompanha o documento Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Reexame da aplicação da política ambiental da UE de 2019: uma Europa que protege os seus cidadãos e melhora a sua qualidade de vida.

⁴⁸ Idem. São esses grupos: “edifícios de escritórios, eletricidade, equipamentos de representação gráfica, equipamentos elétricos e eletrônicos utilizados no setor dos cuidados de saúde, equipamentos informáticos para escritório, iluminação interior, iluminação pública e sinalização rodoviária, infraestruturas para recolha e tratamento de águas residuais, infraestruturas rodoviárias (conceção, construção e manutenção de estradas), mobiliário, painéis interiores, papel de cópia e papel para usos gráficos, produção combinada de calor e eletricidade, produtos alimentares e serviços de fornecimento de refeições, produtos e serviços de jardinagem, produtos e serviços de limpeza, sistemas de aquecimento com circulação de água, sistemas de descarga em sanitas e urinóis, têxteis, torneiras sanitárias e transportes”.

⁴⁹ RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 141/2018. **Diário da República, Série I**, páginas 5089-5093. Presidência do Conselho de Ministros. Entendendo-se a economia circular, como um processo no qual se exige: (...) “a promoção do uso eficiente de recursos, através de procedimentos e comportamentos assentes na desmaterialização, na reciclagem, na reutilização e na valorização de materiais, de forma a extrair o máximo de utilidade dos bens e equipamentos, prolongando o seu ciclo de vida e contribuindo, assim, decisivamente, para uma eficaz redução na produção de resíduos.”

⁵⁰ RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 38/2016. **Diário da República, Série I**, n.145, páginas 2484-2491. A referida Resolução 38/2016 tem como objetivos: (...) “concorrer para a promoção da eficiência na utilização de

Sobre direitos sociais e políticas públicas, os artigos 63º ao 72, afirmam outros direitos, e é nesse aspecto que se destaca a presença do Estado representado por suas autarquias, conselhos, empresas, e associações de modo a operacionalizar o atendimento ao cidadão na prestação dos serviços públicos, desta forma, são as políticas públicas as ferramentas a serem utilizadas pelos gestores para alcançar os direitos requeridos dos cidadãos. A CRP é a regência maior das diretrizes que se direcionam a sociedade e as atribuições dos Estado, mas, a qualidade da governança é o diferencial.

O termo Governança muito difundido ultimamente, não é novo, pois representa um processo de tomada de decisão, sendo um processo pelo qual as decisões são implementadas, e sua análise tem como base os atores envolvidos no processo, sejam esses formais ou informais⁵¹. Deste modo, a boa Governança pública, observa todas as relações e correlações administrativas necessárias à implementação das políticas sociais realizadas pelo Estado, exemplifica-se no quadro abaixo as diferenças entre Brasil e Portugal no que diz respeito à Governança na área de Tecnologia da Informação:

Tabela 1

Benchmark da administração pública Brasil e Portugal

Característica	Brasil	Portugal
Domínio Internet	.br	.pt
Área territorial do país	8.515.767,049 km ²	92.090 km ²
Idioma	Português	Português
População	207,8 milhões	10.3 milhões
IDH	0,754	0,843

recursos e a minimização de impactos ambientais, estimulando a oferta no mercado de bens e serviços, bem como a realização de projetos de execução de obras públicas com um impacto ambiental reduzido em todo o seu ciclo de vida, em linha com as políticas ambientais do país”.

⁵¹ UNITED NATIONS – *Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (s/d). What is Good Governance?* A Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico (ESCAP) é a plataforma intergovernamental mais inclusiva da região da Ásia-Pacífico. A Comissão promove a cooperação entre seus 53 Estados membros e 9 membros associados na busca de soluções para os desafios do desenvolvimento sustentável. A ESCAP é uma das cinco comissões regionais das Nações Unidas.

Voto	Obrigatório >18 anos	Não obrigatório >18 anos
Constituição Federal	05/10/1988	25/04/1976
Princípios Administração Pública	Art. 37 Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência	Art. 266 Da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé
Governo	Presidencialismo	Parlamentarismo
Esferas do Governo	Federal. Estadual. Municipal	Distrito e Região Autónoma Conselho (Município) Freguesia
Legislativo Municipal	Câmara	Assembleia
Executivo Municipal	Prefeitura	Câmara
Cargo político Município	Prefeito (eleito)	Presidente (mais votado da lista)
Legislativo	Vereador (eleitos)	Vereador (lista dos mais votados)
Composição da equipe do executivo	Prefeito (eleito), Vice-Prefeito (eleito), Secretário (indicado)	Presidente (mais votado da lista de eleitos) Vereador (lista de eleitos – pode ter ou não ter cargo de Pelouro)

Fonte: NETTO BRANDI, L. S. & DA SILVA, A. M.⁵²

O quadro acima possibilita uma visão resumida da estrutura administrativa nos dois países, e segundo os autores as representatividades do Governo, trazem terminologia diferentes, “Prefeitura”, para o contexto Brasil, e o termo “Câmara”, para Portugal. Deste modo, a Governabilidade refletida nas estruturas organizacionais responsáveis pela execução das políticas públicas, refletirá uma Boa ou Má Governança⁵³. Todo o aparato Constitucional consolidando os direitos fundamentais e sociais são expressos por meio das políticas desenvolvidas pelas estruturas de governo. Percebe-se que as estruturas governamentais são

⁵² NETTO BRANDI, L. S.; DA SILVA, A. M. **Contribuições para estudo comparado Brasil e Portugal: gestão de sistemas e tecnologias da informação**, p. 3–32, 2017.

⁵³ TCU- Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**, p.28. – Brasília: TCU, 2014. (...) “No relatório “*Governance: the World Bank’s experience*” (Banco Mundial, 1994), o conceito foi novamente revisto e apresentado nos seguintes termos: Governança é sintetizada por formulação previsível, aberta e esclarecida de políticas (ou seja, processos transparentes); uma burocracia imbuída com ethos profissional; um braço executivo responsável por suas ações; e uma forte participação da sociedade civil nos negócios públicos; e todos se comportando sob as regras da lei.”

peculiares a forma de Governo, e como bem colocado acima, em Portugal e no Brasil, as estruturas organizacionais denotam as atribuições executivas no cumprimento das responsabilidades do Estado, tanto português quanto brasileiro.

Percebe claramente a diferença no quadro citado, principalmente quanto à população, que no Brasil é bastante superior, o que traz de imediato uma ideia do tamanho do desafio. Mas, as estruturas organizacionais e o orçamento público envolvidos precisam ser proporcionais ao tamanho da demanda, assim, a Administração Pública revestida de seu Poder estatal, tem como diretriz atender os anseios da população conforme sua magnitude. Nesse sentido, relatam Henriques e Braga⁵⁴ que após o marco histórico da Revolução de 25 de abril de 1974, e a volta de um regime democrático, se resgatam os direitos do cidadão, e que, só a partir do ano 2000, iniciou-se a regulamentação de vários direitos em Portugal, os quais cita-se: direito social relativo as prestações familiares com baixos programa de emprego e proteção social; regras para incentivo à natalidade e de apoio às famílias com maior número de filhos; licença por maternidade e por paternidade; apoio e proteção à invalidez e à velhice com vários diplomas legais, etc. De modo que tanto em Portugal como no Brasil, são as organizações estatais que implementam tais políticas, que se valerão das estruturas governamentais com a participação da iniciativa privada, decorrente de concurso público ou ajuste direto.

1.2.2. Constituição da República Federativa do Brasil e as políticas públicas.

A Carta Magna está repleta de princípios que estruturam o sistema jurídico brasileiro, assim, logo no primeiro artigo a Constituição⁵⁵ brasileira estabelece o Estado Democrático de Direito fundado em cinco elementos: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. De modo que sobre nesta base serão erguidas as políticas públicas para atendimentos aos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988, instalou o Estado Democrático de Direito e com isso, além dos direitos e garantias fundamentais prescritas nos seus setenta e nove incisos e parágrafos do artigo 5º, de forma significativa, insere os direitos sociais no artigo 6º: “São

⁵⁴ HENRIQUES, Maria Isabel; BRAGA, Ascensão. **Evolução das prestações sociais em Portugal e sua relação com a Troika**.

⁵⁵ CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira de 1988, de 05 de outubro. **Diário Oficial da União - Seção 1** - 5/10/1988, Página 1 (Publicação Original). Art. 1º, e incisos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Para o cumprimento dos ditames constitucionais, assim como em outros países, se faz necessário a presença do Poder Público, por meio da sua estrutura institucional, assim, cabe ao Estado por meio da sua representatividade administrativa, seja nacional ou local, atender à população. É importante ressaltar que a presença do Estado na aplicação das políticas sociais é indiscutível para que haja uma sociedade justa, mas, o fato de existir no país uma parte (grande parte) da sociedade em situação de vulnerabilidade social e econômica, traz um panorama especial a ser enfrentado. Quando se fala de direitos sociais no Brasil, se remete especialmente ao artigo 6º, observando que sua disposição na Carta Magna se localiza está abaixo do dispositivo que elenca os direitos fundamentais (artigo 5º), deste modo pode parecer numa primeira vista, não ser os direitos sociais, considerados direitos fundamentais. Asseveram Filho e Soeiro⁵⁶, essa disposição no documento da Constituição contribuiu para que a concessão dos direitos sociais tenha tratamento menos rigoroso de que outros direitos, como o direito à liberdade, por serem classificados como fundamentais.

Nas palavras de Canotilho⁵⁷: “a fundamentalidade de um direito diz respeito à possibilidade de considerá-lo como um direito fundamental, essência, em que há (...) ‘uma especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e material’. Pois, bem, entendendo-se os direitos sociais como fundamentais, será por meio das políticas públicas no Brasil que esses serão reconhecidos. Infelizmente em um país com um histórico triste de corrupção sistêmica e sofisticada, as políticas sociais são utilizadas como palco para alguns dirigentes que se valem da demagogia para alcançar os mais necessitados.

Neste contexto, a corrupção tira do cidadão capacidade do Estado de atender a população carente, interfere diretamente na consecução das políticas públicas emanadas pela Constituição, a corrupção atinge em cheio a eficiência das políticas públicas, e de forma específica pode se verificar o estrago nas áreas mais carentes, como saúde e educação. A Corrupção atinge em cheio a eficiência das políticas públicas, e de forma específica pode se verificar o estrago nas áreas mais carentes, como saúde e educação. Mas, o que são as políticas públicas? Conforme assevera Figueredo, ⁵⁸ (...) “A redação do artigo 3º da Constituição não dá margem a dúvidas. As políticas públicas são determinadas a partir do comando oriundo do poder público e da sociedade de forma democrática com o objetivo de promover a pessoa

⁵⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de e SOEIRO, Laíse de Castro. **Direitos sociais: fundamentais ou não? Direitos sociais em tempos de pandemia**, p. 21

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 24

⁵⁸ FIGUEREDO, Marcelo. **O Impacto da Corrupção sobre a eficiência das políticas públicas, especialmente na Saúde e na Educação**, p. 31.

humana em todas as suas dimensões.”, ou seja, compete ao Poder Público a implementação do direito à dignidade humana. Saravia e Ferrarezi, questionam: o que de fato é uma política pública, e respondem⁵⁹ que esta decorre de um processo evolutivo iniciado nas décadas de 50/60 com a instituição pelo Estado de um “planejamento organizacional”, neste contexto, destaca que alguns países estabeleceram uma estrutura específica (órgãos, comissões, ministérios, corporações) com a finalidade de instituir planos de desenvolvimento, possibilitando, um “crescimento econômico, orientado, financiado e realizado pelo Estado”. A política pública pode ser compreendida como um conjunto de decisões que visam consolidar a “democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas”.

Nessa linha de raciocínio se enquadram algumas atividades desenvolvidas pelo Estado, sendo necessário a contratação de bens, serviços ou obras com “terceiros” particulares ou até mesmo entre entes públicos, repassando a responsabilidade (acessória) para outra pessoa (jurídica ou física) que realizará a disponibilização do objeto, a chamada terceirização (BR) ou subcontratação (PT), sendo a forma de efetivar essa relação jurídica será por meio de licitação ou contratação direta. Observa-se que os contratos públicos podem ser verdadeiros instrumentos para efetivação dessas políticas.

1.3 As Diretivas da União Europeia para os contratos públicos.

A Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos revogou a Diretiva 2004/18/CE, e estabeleceu as diretrizes sobre o tema, as “contratações públicas”, esta regra instituiu procedimentos a serem observados por todos os participantes da UE- União Europeia⁶⁰. A UE traz em três Diretivas: a Diretiva 2014/23, Diretiva 2014/24 e 2014/25 alguns princípios jurídicos essenciais em matéria de contratação pública e adjudicação de contratos⁶¹, quais sejam: igualdade de tratamento, não discriminação; transparência e; proporcionalidade.

Gonçalves, chama a atenção para a existência do “modelo dualista de 2004”, ou seja, as diretrizes dos contratos públicos divididas entre àquelas voltadas ao setor público clássico, e uma diretriz específica para os contratos públicos, especiais, e somando-se a essa diretiva acerca dos contratos de concessão de serviços. Observando-se a “distinção entre “contratos de concessão” e “contratos públicos” e a definição destes últimos como contratos

⁵⁹ SARAIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete. Organizadores. **Políticas públicas; coletânea**. Brasília: ENAP, 2006.

⁶⁰ DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia**. relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. p. 65-94.

⁶¹ GONÇALVES, Pedro Costa. **La Nueva Contratación Pública**. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014. p 20.

que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

Depreende-se do entendimento acima⁶² a constatação da existência de distinção entre as regulamentações dos contratos públicos (setor público clássico) e das concessões, quanto aos procedimentos de adjudicação, nos quais se verifica maior liberdade (artigo 30.º da Diretiva 2014/23). Em sentido oposto, o procedimento de adjudicação (artigo 30.º da Diretiva 2014/24) os procedimentos de adjudicação de contratos públicos, traz consigo uma tipologia: concurso aberto; concurso limitado; procedimento de negociação; diálogo concorrencial. Deste modo, a escolha dos procedimentos, disposta no artigo 26º caberá as autoridades adjudicante aplicar os procedimentos nacionais, porém adaptados à diretiva. As regras dispostas explicitam cada procedimento e indica também, as situações em caso de apresentação de propostas irregulares.

Destaca-se que uma possível identificação de propostas que se encontrem em desconformidade (recepção demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupção, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa) devem ser consideradas irregulares. Nesse contexto, a Diretiva 2014/24, orienta que devem ser “consideradas inaceitáveis as propostas apresentadas por proponentes que não possuam as qualificações exigidas e as propostas cujo preço exceda o orçamento da autoridade adjudicante, tal como determinado e documentado antes do lançamento do concurso”. Não esquecendo a avaliação trazida pela Diretiva, frente a Estratégia Europa 2020, indicando que as contratações denotam um “crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, e de forma concomitante deve atentar para a utilização “mais eficiente dos fundos públicos”, na busca da modernização para aumento da eficiência, inclusive quanto às contratações com as pequenas médias empresas, assim como a proteção dos direitos da pessoa com deficiência⁶³. Destaca-se ainda a mudança de paradigmas a serem inseridas na aferição do objeto, que não se restringe apenas ao preço, podendo as autoridades adjudicantes avaliar a proposta economicamente mais vantajosa aliada

⁶² Idem, p. 19

⁶³ GONÇALVES, Pedro Costa. *La Nueva Contratación Pública*. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, p. 19 ítem 2.

ao preço mais baixo, considerando os custos do ciclo de vida⁶⁴ do objeto contratual, quais sejam, as obras, os fornecimentos ou serviços⁶⁵.

Importante destaque se dá a Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, que trata da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, esta traz várias sanções aplicáveis às pessoas singulares, inclusive com pena de prisão, em que haja prejuízos com valores superiores a 100 000 EUR. Assim, não há como dissociar as regras da UE sobre os Contratos públicos em Portugal, e muito menos, as diretrizes do combate à Corrupção.

Avalia-se que muitas alterações devem ser incorporadas pelas legislações dos Estados-Membros para a aquisição desses objetos, a título oneroso, por meio das contratações públicas, estas sendo adquiridas por meio de compra, locação financeira ou outras formas contratuais. Vê-se em todo o texto da Diretiva, diversas orientações e chama-se a atenção para o formato dos contratos, trazendo definições importantes, como a definição de “operadores económicos”, classificando-os como “quaisquer pessoas e/ou entidades que se ofereçam para executar obras, fornecer produtos ou prestar serviços no mercado, independentemente da forma jurídica sob a qual tenham escolhido atuar”, quer sejam ou não pessoas coletivas.

O artigo segundo da Diretiva citada⁶⁶, traz definições importantes no artigo 2º, os quais alguns deles diferem do CCP, a exemplo da definição própria de contrato público: traz de forma clara, o que é considerado um contrato público, sendo estes detentores das seguintes características: onerosidade, documento escrito, presentes existência de um ou mais de um operador econômico, e uma ou mais de uma autoridade adjudicante, sendo o objeto contratual, uma obra, serviço ou fornecimentos de produtos. As regras estabelecidas na Diretiva⁶⁷ em vigor, atenta para tema importantíssimo nas aquisições públicas, o “ciclo de vida” do objeto contratual. Assim, a Administração Pública (denominada de entidade adjudicante) deverá observar em cada objeto (produto, serviço ou obras) todas as etapas da sua existência, envolvendo as seguintes fases: investigação e desenvolvimento necessários à produção,

⁶⁴ DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Texto relevante para efeitos do EEE. **Jornal Oficial da União Europeia**. Observa-se o Item 20. (...) “Ciclo de vida», todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização”. p.34.

⁶⁵ Idem, art. 2º.p.32 -34.

⁶⁶ DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**. A UE indica a necessidade de revisão das Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho_ e da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁶⁷ Idem.

comercialização, e todo o aparato logístico (transporte, manutenção, etc) necessário à sua implementação até a eliminação (descarte), observando ainda as questões referentes à inovação, preocupação também da UE⁶⁸.

Ressalta-se ainda as classificações acerca das características contratuais, seja em razão dos objetos, seja em razão do valor, previstos nos artigos 3º e 4º, observando o método de estimativa do valor contratual no artigo 5º, este baseado no montante total sem IVA, e considerando eventuais prorrogações. Chama-se a atenção ao disposto no artigo 5º, item 3, o qual, alerta quanto à impossibilidade de exclusão da aplicabilidade da diretiva mediante o modo indevido de cálculo da estimativa do valor do futuro contrato, ou até mesmo a subdivisão do objeto como fuga da regra, o que se presume ser um risco a ser prevenido no âmbito da contratação. Esse ponto, pode ser considerado como ponto sensível, sendo determinante no processo de conformidade e integridade.

Ressalta-se o artigo 18 alguns princípios que fundamentam os procedimentos, a ela inerente, como: princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada, lembrando que o princípio da Concorrência intimamente ligado ao princípio da Igualdade, está presente nas Diretivas Europeias, e disposto no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), no Regulamento (CE) nº 139/2004, na Lei nº 19/2012, e no Brasil, conforme disposto na Lei nº 12.529/2011.

Quanto ao aspeto de risco contratual, mais uma vez a Diretiva traz o alerta quanto a organização dos concursos, e assevera que estes “não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência”. O alerta demonstra que existe a possibilidade de se alterar a configuração da concorrência a fim de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos. Neste aspeto, a diretiva já alerta para que haja completa atenção a sua aplicabilidade de forma correta, inclusive, imprime cuidado especial quanto as observâncias das regras contratuais, no viés ambiental, social e laboral, observando ainda as normas relativas a confidencialidade no artigo 21º. Um tema destaca-se no artigo 24º da Diretiva que trata dos contratos públicos: os conflitos de interesses, de modo que a regra ali estabelecida preconiza que os Estados-Membros devem assegurar por meio de suas autoridades adjudicantes quaisquer situações para que não haja tais conflitos, tomando as medidas que se fizerem necessárias para

⁶⁸ Ibidem, p.94. Texto relevante para efeitos do EEE. **Jornal Oficial da União Europeia**. Observa-se o artigo 2º, 22. Definição de Inovação, segundo a diretiva é a “implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, nomeadamente com o objetivo de ajudar a resolver os desafios sociais ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”.

(...) “impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação”. Essa preocupação se dá para que não haja nenhum prejuízo futuro na concorrência e com isso garantir o princípio da igualdade entre todos os operadores económicos.

Observa-se que o tema é bastante denso, e pode envolver qualquer situação que possa influenciar os resultados da contratação, sejam esses, interesses financeiros, económicos ou de interesse pessoal. Pois bem, o tema “conflitos de interesses” acima descrito está inserido em um arcabouço maior, ou seja, as Diretivas da UE exigem dos Estados-Membros a transposição imediata de suas regras. Nesse sentido, Rosário⁶⁹ assevera que existe uma evidente desconformidade dos Estados-Membros com o Direito da UE que vem sendo interpretada como um somatório de Estados, muito embora, seja uma única pessoa jurídica, de modo que as inserções das regras acerca das contratações públicas oriundas da UE devem ser inseridas por todos os Estados-Membros. Conforme relata os sucessivos relatórios anuais demonstram que algumas situações existentes na UE ainda se encontram com dificuldades, pois muitos Estados-Membros não têm aplicado a legislação de forma correta.

Destacam-se as palavras de Covas, António acerca das mudanças funcionais e institucionais que advirão nessa década e que permearão as relações entre UE e Estados-Membros, que segundo, afirma será em quatro níveis de governo e administração: “o nível supranacional da União Europeia; o nível nacional dos Estados membros; o nível infranacional e transnacional dos municípios e das regiões; enfim, o nível cidadão das comunidades inteligentes e das suas plataformas colaborativas”⁷⁰. O que mostra claramente a dificuldade interna dos Estados-Membros na implementação das diretrizes europeias frente as desigualdades existentes, entre os Estados-Membros e entre os subnacionais.

Conforme prevê a regra, se um dos Estados-Membros não transpor na íntegra as diretivas, esse Estado será alvo de um procedimento formal de infração, e passível de ser sancionado. O nível de maturidade da aplicação das diretivas pode ser observado no Painel de Avaliação do Mercado Único⁷¹, dentre as avaliações do Painel destaca-se a monitoração dos contratos públicos (contexto comercial das PME, e Certis - Certificação de Contratos Públicos da UE, Serviço Europeu de Emprego - EURES, Qualificações Profissionais). Nesse sentido chama-se a atenção para o tema, no que diz respeito aos contratos públicos, pela iminente necessidade de acompanhamento das contratações com as Pequenas e Médias Empresas (PME),

⁶⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *O Compliance e os Estados Europeus*, p. 43.

⁷⁰ COVAS, António. *Governança europeia multiníveis, inteligência coletiva e cooperação territorial*, p.26

⁷¹ Painel de Avaliação do Mercado Único. European Commission. *Administração responsiva e carga de regulação (Portugal)*.

a exemplo do contido no Relatório de 2021, com baixa participação nas contratações, esses também podem ser considerados pontos sensíveis à não conformidade dos processos e legislação, e possíveis desvios, com consequente não integridade. Especialmente acerca da possibilidade de denúncias na UE, a Diretiva 2019/1937 instituiu normas de proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, em variados aspetos, mas, de forma expressa denúncias relativas as contratações públicas no art. 2º, 1.a, i.

1.4 O instituto do *Compliance*

O instrumento do *Compliance* tem crescido no Brasil e no mundo, como um conceito normativo voluntário⁷² visando reduzir a responsabilização das sociedades comerciais, em vários aspetos, quais sejam, civil, contraordenacional e criminal. A evolução do *Compliance* no mundo ocorre em razão da conscientização dos dirigentes acerca dos danos à sua reputação, decorrentes de sanções em razão e seu comportamento relativos à vários atos ilícitos, incluindo os tipificados como crime, exemplifica-se crimes na área ambiental, referentes ao consumidor, fiscais, laborais, etc., e entre os crimes mais combatidos, o de lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais). A responsabilização da pessoa jurídica pode ser afastada pela existência de um programa de *Compliance*, e, com isto “Procura-se proteger a empresa, os administradores e os empregados de sanções civis, administrativas e penais”⁷³, entretanto, a possibilidade da redução dessa responsabilização, não ocorre simplesmente pela existência da implantação de um Programa de *Compliance*,⁷⁴ pois, haverá necessária avaliação dos programas, a fim se de verificar a consistência desse programa implementado.

Mendes, assevera que os conceitos de “*law enforcement*” (aplicação efetiva do direito)⁷⁵ e *Compliance* são inseparáveis⁷⁶, e traz a discussão acerca de uma possível “contraposição clássica entre o direito administrativo e o direito penal, na qual se observa ultrapassada, mediante a regulamentação de algumas áreas, entretanto, levanta a hipótese da criação de um novo ramo do direito, pelo fato de reunir temas que circundam três áreas; administrativo; sancionatório público e direito penal⁷⁷. O *Compliance* traz consigo a cultura corporativa, e este se reveste de valores impregnados na organização. Deste modo a atitude dos

⁷² MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement & Compliance*, p. 12.

⁷³ CUEVA, Ricardo Villas-Bôas. *Funções e finalidades dos programas de Compliance*, p.53-69.

⁷⁴ Idem, p.19.

⁷⁵ Ibidem, p.12

⁷⁶ CUEVA, Op. cit, p. 19. O autor afirma que (...) “o cumprimento normativo voluntário por parte das empresas só pode melhorar, se tiver devidamente em conta os poderes de regulamentação”.

⁷⁷ Idem, p.17.

seus dirigentes e funcionários são inerentes à cultura de cada lugar, assim, os valores, as ideias, os pensamentos fazem parte desse conjunto.

Para Brito, são avaliados fatores como: teoria da sociologia criminal, psicologia, teoria criminológica da associação diferencial, este determinante para o comportamento individual. Depreende-se que o comportamento individual resulta dos conjuntos das “ideias-padrão”, assim, a cultura da organização será considerada para a análise da responsabilidade penal, aliados a outros referenciais⁷⁸. Nesta perspectiva, resumem-se o arcabouço dos instrumentos de *Compliance*, como: códigos de ética; canais de denúncia; procedimentos internos de controlo; mecanismos de *due diligence* e o *Compliance officers*. Destaca-se que os programas normativos de *Compliance* trazem sanções específicas que de certo modo, são oriundas de normativos internos, códigos de ética às vezes relacionados a normas locais, estatal ou internacional⁷⁹, e são vários os elementos considerados nos programas, como avaliações de riscos internos e externos da empresa.

1.4.1 Origem e conceito

A literatura traz que o termo *Compliance* tem, sua origem no próprio verbo, “*to comply*” e traz seu significado de cumprimento; “cumprir, executar, realizar algo imposto.” Corrobora com ideia, Carneiro⁸⁰, o qual afirma que a “expressão ‘*Compliance*’ se origina do verbo em inglês “*to comply*”, que significa, em síntese, satisfazer as imposições de ordem legal ou de ordem interna da empresa”. Neste contexto, o autor destaca que o momento vivenciado⁸¹ é denominado de “a era do *Compliance*”, de modo que o século XXI foi marcado por duas etapas significativas: “a Revolução Digital e a Era do *Compliance* ou da Integridade, entendendo o *Compliance* aplicado a iniciativa privada e Integridade para a área pública”.

Para Pizarro, o termo “*Compliance*”, tem tradução diferenciada em vários países. Assim, em França, vê-se o termo “Conformité”; em Espanha, “Cumplimiento normativo”, na Itália, “Asservanza” e na Alemanha “Einhaltung”. Para o autor, o *Compliance* traz o sinônimo de “qualidade do que é conforme” e o “facto de corresponder a certas normas” são apropriadas para melhor interpretação. O referido autor cita algumas definições⁸² as quais transcreve-se: (...) “o acto ou processo de fazer o que lhe foi pedido e ordenado” (Merriam - Webster

⁷⁸ BRITO, Teresa Quintela de. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 68.

⁷⁹ VILELA, Alexandra. *A Responsabilidade Contra Ordenacional da Pessoa Coletiva no Contexto do “Estado-Regulador.”* p. 105

⁸⁰ CARNEIRO, Claudio e JUNIOR, Milton de Castro Santos. *Compliance e Boa Governança*, p. 23.

⁸¹ CARNEIRO, Claudio. *A Era do Compliance no século XXI*, p. 21-31.

⁸² PIZZARRO, Sebastião Nóbrega – *Manual de Compliance*, p.18-19.

Dictionary); “a prática de obedecer a uma lei, regulamento ou ordem” (Macmillan Dictionary); a “acção de acordo com um pedido, um comando. Uma tendência para se submeter facilmente” (Oxford American Dictionary), entre outras.

Destaca-se ainda, uma definição trazida por Black, Júlia citada por Pizarro, (...) “muitos dos estudos sugere que o que conta como ‘*Compliance*’ não é simplesmente uma questão de mera conformidade com uma norma. Antes, é uma questão de interpretação: interpretação das normas e interpretação dos factos”. E conclui citando alguns autores⁸³ que o *Compliance* “é um processo social e político que evoluiu ao longo do tempo”.

Para Brito, *Compliance*⁸⁴ “não significa apenas conformidade ao Direito, mas a adoção de regras e processos intraempresariais que garantem que o cumprimento do Direito”. E nesta linha de pensamento, entende ser o instrumento um compromisso da empresa.

Rotch Thomas apud Brito, afirma que ao considerar que o único objetivo do *Compliance* Criminal é de evitar a responsabilidade poderia se chegar a uma possível isenção de responsabilidade da direção. Isto decorrente de uma delegação de competências ou caso haja uma organização zelosa, não se justifica, pois, entende que o direito penal não se dilui se transferido para os funcionários. Essa visão é importante, porque se pode concluir, que nessa situação haveria uma situação muito delicada em que os donos do meio de produção seriam isentos de responsabilização. Deste modo, conclui que o afastamento da responsabilidade penal do instrumento deve considerar o conjunto empresarial, muito embora, na legislação portuguesa não haja a exclusão de responsabilidade da pessoa coletiva se houver implementado e executado com eficácia um sistema de gestão de riscos eficiente⁸⁵, diferentemente do ordenamento espanhol.

O instrumento do *Compliance* surgiu em 1913, ano em que foi criado o Banco Central Americano, porém, a doutrina afirma ser anterior. Entretanto, apenas com a quebra da bolsa de Nova York, o termo *Compliance* ganha corpo pela necessária intervenção do Estado na economia⁸⁶, seguido pela criação de várias instituições ao longo dos anos, em alguns setores específicos, como: U.S Securities and Exchange Commission; Prudential Securities (1950); Comitê de Supervisão Bancária de Basileia (1974 pelo G-10), este composto por alguns países visando o controle bancário entre esses países. Em 1977 surge a *Foreign Corrupt Practices Act- FCPA*, em um contexto bastante preocupante, que foi a Crise de Watergate, trazendo sanções específicas para quem agisse com corrupção nos negócios do Governo fora dos Estados

⁸³ Idem, p.21.

⁸⁴ BRITO, Teresa Quintela de – *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p.59-60.

⁸⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *O Compliance e os Estados Europeus*, p.49.

⁸⁶ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega – *Manual de Compliance*, p.30.

Unidos⁸⁷, esta lei teve impacto na evolução desse instrumento, do mesmo modo, impactou, o *DII- Defense Industry Initiative*, com foco no *Compliance* da indústria de defesa, entre outros.

Observa-se que gradativamente o tema vai evoluindo em vários setores, e em países como o bloco do G-7, instituiu-se o *Financial Action Task Force – FATF/GAFI*⁸⁸, esta trazendo regras para o combate à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, e outras ameaças. Deste modo já se percebe que o combate a corrupção alcança setores econômicos variados, visto que as articulações que favorecem os atos de corrupção podem ser identificadas em vários tipos de negócios.

Em linhas gerais, destaca-se que o termo *Compliance* tem um alcance muito amplo⁸⁹, e desse termo pode se extrair alguns conceitos. como: conformidade; aderência; conveniência; cumprimento de normas internas e externas de uma organização. Para Karl, o *Compliance* é muito mais amplo do que o combate á corrupção, suborno e fraudes, pois traz também a conformidade e é pressuposto do Estado de Direito⁹⁰. Nesse aspeto, pode se deduzir que por ser a conformidade essência da atividade estatal, o instrumento do *Compliance* ao ser aplicado nas contratações públicas, será a consagração do rito já existente, no sentido de que a conformidade tem por definição verificar se as normas estão sendo cumpridas “conforme” o estabelecido. Conforme assevera Bertocceli apud Karl, o instituto do *Compliance* “deve ser compreendido de maneira sistêmica”. Tal visão envolve várias questões como, a mitigação de riscos, observância aos valores éticos, sustentabilidade no sentido de preservar o interesse do negócio e o interesse dos *stakeholders* partes interessadas)⁹¹. Nesse aspeto, pode-se inferir que o gerenciamento dos riscos do negócio, aliado a um código de conduta, a consolidação da conformidade das regras das organizações, as sustentações pelos interessados são condicionantes de um efetivo programa. É importante destacar que a visão sistêmica traz como pano de fundo o cumprimento de regras, não apenas pelo dever de cumpri-las, mas, principalmente em razão da relevância dada aos princípios que estruturam a organização.

Uma das legislações que trouxe a inicialmente a expressão “*Compliance*” no Brasil foi a Lei nº 13.303/2016-Lei das Estatais, a qual estabeleceu no seu texto, que haveria uma a área responsável na estrutura da empresa por efetivar esse “cumprimento” ou “conformidade” das regras e reportar ao Conselho de Administração, isto, com o objetivo de garantir a

⁸⁷ Idem, p.31.

⁸⁸ *Financial Action Task Force – FATF/GAFI*. (...) “O Grupo de Acção Financeira (GAFI) lidera a acção global para combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e da proliferação. O GAFI investiga como o dinheiro é branqueado e o terrorismo é financiado, promove normas globais para mitigar os riscos e avalia se os países estão a tomar medidas eficazes”.

⁸⁹ LOURENÇO, Luana – *Compliance e a ética Corporativa para transformação cultural*, p.19.

⁹⁰ KARL, Érita D. Fernandes – *Compliance e LGPD: uma exigência também para a Administração Pública*, p.53

⁹¹ Ibidem.

independência do instrumento nas empresas⁹². A Lei das Estatais, estabeleceu regras importantes de Governança, em um momento em que o Brasil passava por graves denúncias de corrupção nas suas organizações públicas, em especial na Petrobras, instituindo procedimentos a serem implementados, em especial a implantação de um Código de Conduta e Integridade, permitindo imprimir princípios, aos valores e as missões das organizações, além de outras regras que orientam sobre a prevenção de conflito de interesses, vedação de atos de corrupção e fraude. Das diretrizes instituídas, uma delas se destaca: a criação de um canal de denúncias interna, que possibilite o conhecimento da informação, de forma anônima, a fim de preservar a integridade física de quem denuncia. As regras devem estabelecer sanções a serem aplicadas no caso de violação do código de Ética. Assim, não se trata de apenas uma ação de combate a corrupção, mas, um conjunto de ações que podem construir um novo panorama ético, com necessário treinamento sobre o Programa de Integridade e a política de gestão de riscos. Deste modo é possível compreender que nem sempre estar de acordo com leis e regulamentos garante a conformidade, sendo o “elemento central do *Compliance*, a integridade, considerando esse como instrumento de gestão amplo e abrangente⁹³, e, neste sentido, pode se concluir que este sistema incorpora vários processos e pessoas de uma organização, visando a adequação e o fortalecimento interno da ética.

O artigo 19 do Decreto de Governança brasileiro nº 9.203, de 22 de novembro de 2017⁹⁴, ressalta as seguintes finalidades: (...) “prevenção, à *detecção*, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção”, como norteadores para reduzir o risco de lesão de bens jurídicos da empresa e ao mesmo tempo possibilitar a execução de suas atividades⁹⁵, este em sintonia com a prática do *Compliance*.

Observa-se ainda que, muito embora, todas essas regras sejam de suma importância para o combate a corrupção, a Lei Anticorrupção brasileira, Lei 12.846/2013, em seu artigo 7º, VII, não obriga a pessoa jurídica denunciar, indica apenas que a “cooperação” por parte dela será considerada para a aplicação das sanções, ou seja, pode vir a atenuar na apuração das infrações nos termos do artigo 23 do Decreto regulamentador⁹⁶. Este Decreto federal que regulamenta a Lei Anticorrupção no Brasil, publicado em julho de 2022, trouxe as novas diretrizes sobre os programas de integridade, em suma trazem a base de cálculo (facturamento

⁹² FORTINI, Cristiana, SCHRAM, Fernanda Santos – **Direito Premial e os Incentivos à Integridade na Administração Indireta**, p. 35.

⁹³ LOURENÇO, Luana – ***Compliance* para Pequenas e Médias Empresas. Aportes Teóricos e Práticos para Gestores, Docentes Discentes**, p. 19.

⁹⁴ DECRETO nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União - Seção 1**, p. 3

⁹⁵ JUNIOR, Felipa Marques e MEDEIROS, João. **A elaboração de Programas de *Compliance***, p. 125.

⁹⁶ DECRETO nº 11.129, de 11 de julho de 2022 que regulamenta a Lei 12.846/2013- Lei anticorrupção. **Diário Oficial da União. nº 130, Seção 1**, p. 1.

bruto) para aplicação das multas que pode variar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e o limite mínimo da vantagem auferida, quando for possível sua estimação, estabelecendo uma dosimetria relativa ao concurso dos atos lesivos; reincidência; tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; interrupção no fornecimento de serviço público; contratos; convênios, entre outros. Acerca da possibilidade de cooperação do acusado, a vantagem auferida se dá em razão das multas aplicadas, que em síntese, haverá subtração nos termos do art.º 23, e novamente, o Decreto traz uma graduação, conforme a situação.

Observa-se que a escala do artigo 23, indica vários percentuais em situações diferentes, mas, chama-se atenção ao percentual de redução na aplicação da multa de “até um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência”, e de “até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade”, alertando ainda que os percentuais máximos só podem ser aplicados em três hipóteses, uma, quando ocorrer a devolução integral dos valores; quando a admissão ocorrer antes da instauração do PAR; e quando o plano de integridade for anterior à prática do ato lesivo”. Essas são as regras brasileiras em vigor. De modo que as regras estão bem sistematizadas, mas, não traz em nenhum momento, a possibilidade de criminalizar a pessoa jurídica pela não comunicação do ilícito, diferentemente das regras previstas nos Estados Unidos⁹⁷, que não diferentemente do resto do mundo, existiram casos de corrupção, fraude, também nesse contexto. Pois, bem, a compreensão dos fatos que envolvem atos de corrupção, fraudes, subornos, é de suma importância, pois, para se enfrentar um sistema de corrupção, uma Lei só não consegue resolver todas as questões. Nessa toada são várias legislações que compõem o arcabouço que rege o tema⁹⁸, e recentemente foi publicado um Decreto Federal no Brasil, que institui o sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal, denominado de Sitai, que é aplicável

⁹⁷ USA- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Anti-Kickback Statute (AKS)*. O Estatuto Anti-Suborno é uma lei federal americana que proíbe pagamentos financeiros ou incentivos para encaminhar pacientes ou gerar negócios federais de saúde. A lei, codificada em 42 U.S. Code § 1320a–7b(b), [1] impõe responsabilidade criminal e, particularmente em associação com o False Claims Act federal, responsabilidade civil àqueles que consciente e voluntariamente oferecem, solicitam, recebem ou pagam qualquer forma de remuneração em troca do encaminhamento de serviços ou produtos cobertos por qualquer programa federal de saúde (por exemplo, o encaminhamento de um paciente do Medicare para uma ressonância magnética), sujeito a certas exceções restritas. [2] Em outras palavras, o estatuto abrange tanto aqueles que fornecem (ou oferecem) propinas quanto aqueles que recebem (ou solicitam) propinas. O estatuto está entre as mais importantes leis de fraude e abuso de saúde nos Estados Unidos.[3][4] A violação do AKS é um crime.[1].

⁹⁸ O arcabouço legislativo tem como principal diretriz o Código Penal brasileiro, bem como, leis extravagantes, Lei nº 9.613/98 (Crimes de lavagem de dinheiro), Lei de improbidade administrativa e a já citada Lei Anticorrupção. Em 2001, a publicação da Lei nº 10.180, traz a organização dos vários sistemas no Governo Federal, e institui o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo (art. 24, VII), dentre várias atividades, está a apuração de situações ilegais ou irregulares praticados por agentes públicos ou privados na utilização de recursos públicos federais.

no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional que demonstra um grande avanço, trazendo definições como: programa, plano e funções de integridade⁹⁹, além de estabelecer entre outros, o objetivo do programa no sentido de “promover conformidade” de condutas com fim de agregar valor público aos serviços à sociedade¹⁰⁰.

Como é sabido, a origem do *Compliance* remonta há muitos anos, assim como a corrupção, é muito antiga, entretanto, cita-se um marco conhecido como a “Era do *Compliance*”, quando os Estados Unidos em 1950, passaram a se preocupar mais detidamente com questões relativas à aplicação da legislação nas empresas, em que foram desenvolvidos maiores controles acerca da sua atuação. Anteriormente nos Estados Unidos¹⁰¹ as empresas eram geridas pelos seus próprios donos, entretanto, é sabido que a partir do início do século XX, com o surgimento de grandes corporações e a multiplicidade de acionistas, surge a necessidade de mudança no controle dessas empresas, isto, corroborado por outros fatores como globalização e o enfrentamento ao terrorismo, observando nesse último a origem dos dinheiros, e com isso, surgindo a necessidade de enfrentamento a lavagem de dinheiro, dessa realidade, nasce então, o Banco Central Americano, contribuindo para uma maior necessidade de gerenciamento e controle das atividades empresariais.

É imperioso dizer que o *Compliance* delineia um sistema de conformidade e integridade, em que se traz essencialmente o combate à Corrupção, esta entendida de formas diferentes por diferentes países, ou seja, o conceito de corrupção não se limita ao conceito de corrupção nacional. Deste modo historicamente os países tem lidado com a corrupção de variadas maneiras. O Brasil apesar de ter se destacado com a publicidade da engrenagem de corrupção desvendada nos últimos anos, faz parte de um cenário mundial, no qual se manifestam inúmeras situações peculiares a cada país. Para melhor contextualização, ainda na década de 1990, se tem conhecimento de que a Alemanha tratava o suborno de forma legal, ao possibilitar, inclusive, ao empresário a dedução tributária no pagamento de valores a

⁹⁹ DECRETO nº 11.129, de 11 de julho de 2022. **Diário Oficial da União. Edição: 130, Seção:1**, p. 1. Art. 3º (...) “Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - programa de integridade - conjunto de princípios, normas, procedimentos e mecanismos de prevenção, detecção e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades, ilícitos e outros desvios éticos e de conduta, de violação ou desrespeito a direitos, valores e princípios que impactem a confiança, a credibilidade e a reputação institucional; II - plano de integridade - plano que organiza as medidas de integridade a serem adotadas em determinado período, elaborado por unidade setorial do Sitai e aprovado pela autoridade máxima do órgão ou da entidade; e III - funções de integridade - funções constantes nos sistemas de corregedoria, ouvidoria, controle interno, gestão da ética, transparência e outras essenciais ao funcionamento do programa de integridade”.

¹⁰⁰ DECRETO nº 11.129, de 11 de julho de 2022. **Diário Oficial da União. Edição: 130, Seção:1**, p. 1. Ver parágrafo único do artigo 3º.

¹⁰¹ NEGRÃO, Célia Lima Negrão; PONTELO, Juliana de Fátima: ***Compliance, Controles Internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas***, p. 31.

autoridades estrangeiras¹⁰², o que hoje não seria ético, nem legal. No Brasil a introdução do tema “*Compliance*” vem gradativamente sendo inserido, entretanto, só se começa a perceber este instrumento na prática, após a divulgação dos atos de corrupção elencados pela Operação Mensalão e Operação Lava-Jato (Operações policiais da Polícia Federal, denominadas em razão do pagamento “mensal” de propina/subornos e de uma outra situação de pagamentos indevidos a corruptos em um posto de gasolina, o qual tinha uma lavanderia, respectivamente).

Do mesmo modo, os países da Europa e Estados Unidos reforçam seus critérios de combate à corrupção, e passa-se a se exigir dos demais países com os quais se relacionam a mudança de postura. Todo esse conjunto evolução de comportamento no mundo são paulatinamente disseminados e inseridos nas relações comerciais pelo mundo, em especial nos países da União Europeia. Neste sentido, o Brasil se insere neste contexto a partir da *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act (EUA – 1977)* a qual, dispõe sobre mecanismos específicos de combate à corrupção por meio de disposições anti suborno¹⁰³. É possível se depreender do documento, por exemplo, a proibição da utilização de qualquer meio de comunicação que de forma corrupta ofereça “pagamento, promessa de pagamento ou autorização do pagamento de qualquer dinheiro, ou oferta, presente, promessa de doação, ou autorização da doação de qualquer coisa de valor para qualquer funcionário estrangeiro”.

A proibição visa evitar qualquer possibilidade de corromper o funcionário estrangeiro no sentido de “influenciar qualquer ato ou decisão de tal funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial”, ou seja, a tomada de decisão do funcionário não pode ser alterada mediante o recebimento do suborno, e também, traz ainda a proibição de “induzir tal funcionário estrangeiro a fazer ou deixar de fazer qualquer ato que viole o dever legal de tal funcionário”. Observe que as regras proibitivas são relacionadas a mudança de comportamento do agente que detém o poder decisório. As vedações alcançam atitudes subjetivas, no sentido de que a vontade de quem detém o poder de decisão é atingida pela vantagem oferecida em benefício próprio, não importando, ao receber a vantagem, as consequências do seu ato, essas se aplicam a várias situações, mas, são superdimensionadas quando se trata de induzir funcionário estrangeiro¹⁰⁴.

Na sequência evidencia-se ainda, que o tema vem evoluindo, sendo importante destacar a Convenção da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

¹⁰² CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. *Compliance e Boa Governança*, p. 42.

¹⁰³ U.S. Securities and Enchange Comission. *Anti-Bribery Provision*. (...) §30A of the Securities Exchange Act of 1934 [15 U.S.C. §78dd-1].

¹⁰⁴ Idem. O termo “funcionário estrangeiro” significa qualquer funcionário ou funcionário de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, agência ou instrumento do mesmo, ou de uma organização internacional pública, ou qualquer pessoa agindo em uma capacidade oficial para ou em nome de qualquer governo ou departamento, agência ou instrumentalidade, ou para ou em nome de qualquer organização internacional pública.

Econômico, como um bloco formado por 38 (trinta e oito) países¹⁰⁵. Foi neste contexto, em 2013, que foi publicada no Brasil, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)¹⁰⁶, e seu regulamento, tendo como fundo tais diretrizes internacionais¹⁰⁷.

Aponta-se que o instrumento do *Compliance* inserido no Brasil traz características das diretrizes internacionais e denotará uma sistemática de gestão de riscos na área a ser aplicada, considerando se tratar de um tema transversal. Nessa vertente, onde existir pontos sensíveis nas relações jurídicas econômicas, é possível que haja lacunas facilitadoras de suborno e corrupção, como preconizam as diretrizes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que alerta sobre o fato de que a corrupção deixou de ser um problema local para se tornar um fenômeno transnacional, afetando as sociedades e economias, assim a corrupção deve ser combatida, com a promoção e o fortalecimento de medidas de prevenção, inserida numa engrenagem internacional complexa, envolvendo¹⁰⁸. Importante ressaltar que a Convenção citada aborda a necessidade de instituição de códigos de conduta para funcionários públicos, de modo que, observando os princípios de seu ordenamento jurídico, conforme reza o artigo 8 da Convenção, haja o combate a corrupção promovendo, conforme assevera: “a integridade, a honestidade e a responsabilidade entre seus funcionários públicos”.

De outro giro, chama-se a atenção ao debate¹⁰⁹ em que o *Compliance* surge como um instrumento para o fortalecimento da cultura de paz. Nesse sentido, o sistema de paz tem como base a formação e difusão da “cultura de paz” no âmbito das Nações Unidas, e sob o qual se firmará o *Compliance*, inserido na reconstrução das relações humanas. Neste aspeto, já se percebe a grandiosidade do tema, entretanto, destacam-se duas vertentes: primeiramente, o sistema de paz no âmbito da Carta das Nações Unidas e no segundo momento na quantidade de resoluções que delimitam as regras, destaca-se na questão, que “a paz, é mais do que a simples ausência de conflito”, sendo necessária, a busca do diálogo¹¹⁰.

Mas, como o *Compliance* adentra nesses aspetos? Desta linha de raciocínio, é possível compreender que a resposta se encontra na “implementação da cultura de paz” a qual só se torna possível, mediante a “disseminação de valores, atitudes, comportamentos e, estilos

¹⁰⁵ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional fundada em 1961, com sede em Paris (França), que trabalha para construir “políticas melhores para vidas melhores” e tem como objetivo a identificação e o estabelecimento de práticas e políticas que promovam prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar para todos.

¹⁰⁶ LEI nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União. Edição 148, Seção 1**, p. 1.

¹⁰⁷ FCPA – Foreign Corrupt Practices Act (EUA – 1977) e United Kingdom Bribery Act (Reino Unido – 2010).

¹⁰⁸ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ver artigo 3º.

¹⁰⁹ PIRES, Alex Sander. **O Compliance como instrumento para o fortalecimento da cultura de paz**, p. 9-20.

¹¹⁰ Idem, p. 15.

de vida”, entre outras, o que leva a uma série de “regras” de convivência¹¹¹. Nessa linha entende-se a importância do *Compliance* como instrumento de fortalecimento da cultura da paz, este inserido em dois aspectos, normativo e ideológico. Para melhor delimitação do tema, cita-se a Resolução nº 243, do 53º Período de Sessões, trazendo um viés ideológico ao remeter a necessidade de diálogo, respeito, e reflexão acerca de resgate moral, fortalecimento da ética e necessária consciência coletiva de harmonia no convívio. Esta análise de aplicabilidade do conceito, sugere demonstrar as múltiplas dimensões que podem ser abordadas as questões do *Compliance*, e ainda, como o tema se difunde em um panorama maior. Assim, nessa conjuntura, pode ser definida uma linha de raciocínio em que se percebe a importância desse instrumento em diversos temas, e sua transcendência.

Pironti e Karl¹¹², afirmam que o *Compliance* é “pressuposto lógico de um Estado de Direito, onde as normas são positivadas e norteadas pelo postulado da legalidade”, Dematté, e Gonçalves, defendem a ideia da criação de sistemas estruturadores¹¹³ por parte da Administração Pública. Outrossim, diante do alinhamento das dimensões constitucionais dos direitos sociais com as respectivas políticas públicas por meio das instituições, em ambiente físico de operacionalização de tais políticas (previdência, saúde, educação, moradia etc.), depara-se com um terreno fértil, onde as necessidades humanas, se tornam por vezes, instrumentos para desvios de finalidade de agentes públicos corruptos. O *Compliance* vem ao encontro da necessidade de um olhar sistêmico, em que todos os aspectos devem ser observados na instrumentalização das políticas públicas, em especial, porque envolve grandes recursos orçamentários e financeiros de origem pública e cada vez mais escassos.

Pizzarro, assevera que a implementação de um efetivo programa de *Compliance* traz a necessidade de uma cultura organizacional, o qual demanda a presença de alguns personagens, os quais denomina de agentes de *Compliance*¹¹⁴. Como agente cita, o *Compliance Officer*, que é a “pessoa que dentro da empresa, organização ou governo, tem como função assegurar que as leis e regulamentos relacionados com suas atividades são cumpridas”, ou ainda, “*Chief Compliance Officer-CCO*”, sendo este um “elemento da direção de topo das entidades indicadas e por elas obrigado”, podendo ser um dirigente ou colaborador

¹¹¹ Ibidem. Segundo o autor, tais regras estão dispostas na Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz (A/RES/33/73), na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (A/RES/39/11) e mais adiante, reforçada pela (A/RES/73/170) que traz a “Promoção da paz como requisito vital para o pleno desfrute dos direitos humanos”.

¹¹² PIRONTI, Rodrigo e KARL, Éryta. **Aspectos de implantação de programas de integridade nos escritórios de advocacia**.

¹¹³ DEMATTÉ, Flávio Rezende e Gonçalves, PESSANHA, Márcio D. **Estruturação de Sistemas de Integridade na Administração Pública Direta Federal: Uma Necessidade Contemporânea**, p. 64.

¹¹⁴ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. **Manual de Compliance**. Os Agentes do *Compliance*, p. 60-85.

qualificado¹¹⁵. Nesse contexto, o *Compliance* no setor público e em especial, nas contratações públicas - estas como instrumento de política pública, como o é-, se torna ainda mais desafiador, no sentido de que são aspectos jurídicos e comportamentais a serem observados simultaneamente em vários momentos da contratação.

1.4.2. Diretrizes; características; inovação e relevância

O *Compliance* tem como premissa a conformidade dos processos com a legislação, assim, entende-se¹¹⁶ que esse instrumento: “assegura que os principais processos organizacionais ou processos críticos de determinada área sejam realizados seguindo todos os aspetos da legislação e da correta gestão organizacional”, nesse sentido é o primeiro passo, a conformidade.

Oportunamente, e essencialmente, o *Compliance* se caracteriza por ser um sistema, este que tem além da conformidade, a integridade, e esta relaciona-se com todo arcabouço jurídico de combate à corrupção, podendo ser compreendida como uma situação antidemocrática, à medida em que se realizam atividades que se direcionam a interesse particulares, contrários ao interesse público, e pior que isso, prejudiciais ao próprio interesse público. Na seara de conformidade, integridade e controle se encontram outros mecanismos já instituídos, como os controles de auditoria já conhecidos, porém, a gradativa evolução da sociedade, seus negócios e relações jurídicas vêm trazendo a necessidade de maiores controles. Para melhor compreensão da complexidade que envolve o tema, é importante destacar o princípio do interesse público, no seu sentido amplo, como sendo aquele interesse da coletividade, interesses esses que devem ser respeitados nas esferas pública e privada e que motivam a aplicação dos recursos públicos para fomentar o princípio maior da Dignidade Humana. É nesse contexto de utilização de recursos públicos para fins de políticas sociais, que nas relações entre público e privado, podem se estabelecer os possíveis desvios de finalidade, fraudes, subornos, lavagens de dinheiro, pagamentos de propinas, entre outros, que configuram a corrupção.

Pois bem: como um programa de *Compliance* ou de Integridade (considerando aqui os termos como sinônimos) podem combater esses possíveis desvios? São várias respostas, mas, poderíamos sintetizar que tais programas trazem um efeito de “blindagem” às empresas ou instituições públicas, emoldurando limites de comportamentais de ambas as partes. Deste

¹¹⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **O *Compliance* e os Estados Europeus**, p. 49.

¹¹⁶ NEGRÃO, Célia Lima e PONTELO, Juliana de Fátima: ***Compliance. Compliance, Controles Internos e riscos: a importância da área de Fátima: gestão de pessoas***, p. 25

modo o detentor do poder (econômico/financeiro) cria estruturas de proteção contra desvios de conduta, e do mesmo modo, aplicando-se também àquele com quem irá se relacionar, podendo ser relações privadas-privadas, privadas-públicas e até mesmo entre as próprias instituições públicas.

Alguns exemplos de corrupção de repercussão mundial podem ser citados, como: caso *Watergate* (EUA); BCCI- Banco de Crédito e Comércio Internacional (INGLATERRA); *ERON* (EUA); *OLYMPUS* (JAPÃO), PETROBRAS (BR) entre outros, os quais mostraram a fragilidade existente nas grandes corporações privadas e públicas nas quais se detetaram grande casos de corrupção. Assim, tem o *Compliance* a função de fortalecer por meio dos seus instrumentos, o enfrentamento desse comportamento e exigindo a instituição de ferramentas de prevenção às fraudes, comportando uma série de conceitos e definições que o qualificam como um macro programa, como: conformidade, comprometimento, prevenção à corrupção e fraude, integridade, avaliação de riscos, denúncia, códigos de conduta e ética, etc, assim como, a necessidade da presença do profissional “*Compliance Officer*”, como já mencionado, este definindo como a pessoa responsável pelo controle¹¹⁷. Consubstancia com esse pensamento,

Percebe-se que a inovação do tema pode ser interpretada pelo surgimento de um novo comportamento nas organizações, de maneira que estabelece uma “nova cultura organizacional”, e segundo afirma Saad-Diniz,¹¹⁸, trazendo a premissa de que as empresas não devem se preocupar apenas com os resultados financeiros, mas, exige-se uma relação de confiança entre as partes. Assim, esse tema não se concentra em uma Lei específica nos países em estudo (BR e PT) pois, é um sistema de controle em que serão verificadas a conformidade da legislação aplicável em cada caso. Nesse contexto, a análise das aquisições públicas, dos contratos decorrentes dos processos, sua finalidade, o interesse público envolvido e a sua operacionalização, por si só já são situações jurídicas desafiadoras, e ao inserirmos as regras do *Compliance*, no processo evidenciará maior atenção por parte dos juristas e executores de contratos. Isso, se percebe, seja pela presença de diversos conceitos jurídicos, seja pela abordagem comportamental ou cultural que impacta nessa análise. Diante desse panorama, se faz necessário, preliminarmente, compreender de forma objetiva, o arcabouço teórico existente, numa visão sistêmica do processo, desde os princípios, as definições, os conceitos emanados pela doutrina acerca dos temas relativos aos Contratos Públicos e o *Compliance*.

Assim, o *Compliance* é um sistema aplicável às situações que envolvem os processos licitatórios e contratuais, considerando, que em dois momentos (fase interna e fase externa) do processo, em que são realizados atos administrativos, que demandam conflito de

¹¹⁷ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Manual de Compliance**, p. 81.

¹¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. **A Criminalidade Empresarial e a Cultura do Compliance**, p. 113.

interesses entre o Contraente Público (Portugal) e Órgão Licitante (no Brasil) e o candidato/contratado (Portugal) e fornecedor/empreiteiro/contratado (Brasil) ou ainda agente económico (EU), conforme as terminologias das legislações.

O tema é relevante em razão de vários aspetos, conforme é sabido, o direito internacional vem se adequando aos novos paradigmas, nesse contexto, podemos destacar que o Brasil é signatário de vários Acordos Internacionais, como: O OGP- The Open Government Partnership; Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA); Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico; Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996); Convenção (1997) sobre o Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aplicável à OCDE, buscando melhoria na conduta ética da Administração Pública, deste modo, estabelece a corrupção como delito quando praticada por funcionários públicos. Entendendo-se como delito o ato de oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, independentemente se diretamente ou por meio de outras pessoas. O delito se delinea pela ação ou omissão das funções do funcionário público estrangeiro¹¹⁹, seja em proveito próprio ou de terceiros, tendo como objetivo final obtenção de vantagem ilícita.

A Convenção delimita no artigo 2º a responsabilização de Pessoas Jurídicas por atos de corrupção desses funcionários públicos estrangeiros, o que pode ser objeto de responsabilização penal, civil e/ou administrativa. A referida Convenção traz ainda a aplicação de penas ao funcionário, além da implementação de medidas que possam garantir o ressarcimento, seja de valores relativos ao suborno ou valores referentes a bens correspondentes, e demais sanções a sanções financeiras necessárias. Em linhas gerais, vê-se que a Convenção é antiga, mas, já trazia em seu corpo muitas diretrizes que estão sendo acampadas pelas legislações atuais de cada país.

Outras Convenções são indiretamente ligadas aos temas nacionais, como por exemplo, a Convenção de Palermo sobre a Delinquência Organizada Transnacional (Crime organizado) – UNTOC, e a Convenção de Mérida de combate à Corrupção- UNCAC, todos norteadores das legislações brasileiras, tratam de objetos específicos como o combate ao crime organizado, tráfico de pessoas (migrantes, mulheres, crianças), armas de fogo, etc. Percebe-se a extensão do tema e sua disseminação sistêmica em vários outros temas.

¹¹⁹ Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 1 – O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

No caso brasileiro, o combate à Corrupção (principal objetivo dos programas de *Compliance* e Integridade) foi alavancado durante a Operação Lava-Jato, sendo instrumentalizado por meio da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Esta Lei tem como objetivo trazer a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas¹²⁰, observando que a Lei abrange inclusive as empresas que forem constituídas ainda que temporariamente.

Destaca-se como objeto da Lei Anticorrupção brasileira que os “atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”, são definidos na Lei em rol extenso, que envolve várias práticas como: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos; utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, e em especial, em relação as licitações e contratos. As atividades podem se apresentar mediante diversas ações, como frustrar a competição do certame, por meios de acordos, ajustes, trazer perturbações ao certame, dificultar a realização, impedir o procedimento, fraudar, oferecer ou obter vantagem, nas licitações ou contratações, entre outras.

Portanto, o tema *Compliance*, o combate a corrupção ocupa atualmente um grande espaço na área pública, em especial, consolidado por diversas recomendações da OCDE, na busca da integridade do setor público. Em Espanha a responsabilização criminal das pessoas coletivas (empresas) está prevista no Código Penal, o qual repete as regras do Decreto-Legislativo italiano, nº 231/2-2001, e esses isentam a pessoa jurídica, se tiver implantado com eficácia programas de *Compliance*¹²¹. A questão é, até que ponto um Programa de *Compliance* adotado por uma pessoa coletiva é eficaz para impedir uma responsabilização penal? Para Brito¹²², a implementação de mecanismos de *Compliance* não constitui um dever impositivo, mas configura a atribuição de uma pessoa jurídica. Deste modo, a simples existência não retira a responsabilidade penal, e destaca a regra: “ou cumpre ou explica”, ou seja, uma vez instituído deve ser cumprido.

Uma outra pergunta se faz importante destacar, o que justificaria a necessidade da implantação de um Programa de *Compliance* nas empresas, diante da existência de aparato jurídico nessas organizações, com objetivo de acompanhar as possíveis questões de ordem

¹²⁰ LEI Anticorrupção. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União** Edição: 148, Seção 1, p. 1.

¹²¹ BRITO, Teresa Quintela de. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p.74

¹²² Idem, p. 63.

jurídica? Para Bahamond, Ruben¹²³ a resposta é simples, o *Compliance* é um sistema de conformidade de normas, mas, o conhecimento jurídico ou normativo é apenas um dos elementos. Observa ainda que a implementação desses programas traz vários benefícios, como por exemplo, a propagação da imagem da empresa frente ao mercado, seu posicionamento frente à prevenção das sanções, e sua redução, muito embora, a simples existência de um programa não seja por si só suficiente para atenuação de sanções pelo descumprimento das normas. Nesse contexto da implementação de um programa de *Compliance* não há um programa “genérico”, ou seja, aplicável a qualquer organização, esses devem ser “*tailor maid*” específico a cada situação¹²⁴.

Diante desse panorama, resume-se que se faz necessário, preliminarmente, compreender o arcabouço jurídico teórico existente, numa visão sistêmica do processo, observando desde os princípios, as definições, os conceitos emanados pela doutrina acerca dos temas relativos aos Contratos Públicos e suas conexões com as possíveis irregularidades, riscos de corrupção e o *Compliance*.

1.4.3 A Corrupção como âmbito de aplicação do Compliance

Como disposto, é possível entender que o principal problema a ser enfrentado pelo *Compliance* é o combate à Corrupção, esta inserida em vários contextos, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, mas, sempre com suas peculiaridades próprias a cada país. Assim, cada povo tem sua própria forma de obter vantagens ilícitas, sejam essas entre as áreas privadas ou público-privadas, de modo que a definição de corrupção acaba sendo uma definição em constante construção. Considerando que a corrupção está presente na maioria dos países, é possível identificar sua ocorrência sob dois aspetos, permanente ou eventual (esporádica).

Grondona, apud Mairal, entende¹²⁵ que quando existe uma corrupção esporádica, percebe-se atos de corrupção, enquanto nos países que tem a corrupção é constante, existe um “estado de corrupção”. Conclui-se que a Corrupção pode se apresentar de formas diferenciadas e, portanto, em alguns países esporádica e em outros de forma permanente.

Gordillo¹²⁶ apud Mairal, afirma que: “mais do que ‘sistema paralelo’ de corrupção, na realidade temos um sistema legal feito formal e expressamente para canalizar ou favorecer

¹²³ BAHAMONDE, Ruben. *Antitrust Compliance*, p. 53.

¹²⁴ Idem, p. 57.

¹²⁵ GRONDONA, Mariano apud Mairal, Hector. *As raízes legais da Corrupção: ou como o direito público fomenta a Corrupção ao invés de combatê-la*, p. 22.

¹²⁶ GORDILLO, Agustin é professor Emérito da Universidade de Buenos Aires e Juiz do Tribunal Administrativo da Organização Europeia de Direito Público.

a corrupção: aqui não há inocentes.” A assertiva acima traz a reflexão sobre a postura de vários funcionários públicos (Estado) ao exigir determinadas posturas dos cidadãos em cumprimento a uma norma que tem beneficiários específicos, cobrindo de legalidade um ato que seria ilegal. Este entendimento se faz importante ressaltar neste momento, pois, a corrupção não se localiza apenas no descumprimento das regras, mas, a própria criação da regra para obter vantagens que seriam ilícitas. O tema abordado “corrupção legal” não é tão simples, pois existe uma sofisticação que envolve a arquitetura das legislações e sua aplicação, sendo os marcos legais por vezes o propulsor da própria corrupção, e ressalte-se que essa situação não é exclusiva de uma ideologia, pois, pode ocorrer em situações ideológicas diversas. De acordo com a publicação do Índice de Percepção da Corrupção (IPC) de 2022¹²⁷, verifica-se que dos 180 países, “124 países estagnaram nos seus níveis de corrupção, enquanto o número de países em declínio está aumentando”, o que demonstra que de algum modo a corrupção mundial está sendo vencida, ainda que parcialmente. Nos termos do relatório citado, a análise se deu no âmbito da corrupção no setor público, e verifica-se de forma resumida na classificação disposta uma pontuação de 0% (zero) a 100% (cem), em que se encontram o nível de corrupção dos países, sendo zero o nível de corrupção máximo (muito corrupto) e cem a pontuação mínima de corrupção (muito íntegro). A exemplo do Brasil, este detém a pontuação 38 (de 30-39) e Portugal 62 (60 -69), o que significa uma situação bem difícil para ambos os países, pois existe ainda um grau considerável de corrupção em Portugal, porém em situação muito melhor que o Brasil, pois representa o dobro da pontuação do Brasil, que está muito pior na escala. Nesse estudo, a Dinamarca se encontra a frente, como o país mais íntegro (90 pontos.) seguido da Finlândia e da Nova Zelândia (87 pontos cada), contrapondo com os países que enfrentam conflitos, como a Somália, Síria e Sudão do Sul que se encontram nas últimas posições. Cabe ressaltar que cada país tem sua cultura, seus costumes e a corrupção é vista de diferentes formas de acordo com sua realidade, além do mais, âmbito concorrencial, conforme assevera Bahamonde, Ruben, não há uma “lista taxativa fechada com os concretos comportamentos proibidos” relativos a determinados temas (que envolvem limites de preços, mercados, entre outros). De modo que chama atenção para alguns casos que tiveram grande repercussão em 2017¹²⁸, quando vários fabricantes de caminhões na Europa, combinavam preços entre 1997 e 2011, caso este que, trouxe como redução nas sanções, percentuais de até 40%, considerando a

¹²⁷ 2023 Transparência Internacional. (...) “O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) de 2022 revela que 124 países estagnaram nos seus níveis de corrupção, enquanto que o número de países em declínio está aumentando. Tal quadro traz sérias consequências, tendo em vista que a paz mundial está deteriorando¹ e que a corrupção é, simultaneamente, causa e resultado desse quadro”.(...).

¹²⁸ BAHAMONDE, Ruben. *Antitrust Compliance*, p. 59. “Cartel dos Camiões (Caso AT.39824- Trucks, Decisão da Comissão de 29.07.2017)”.

cooperação dos envolvidos. Não é demais destacar outro grande escândalo citado pelo autor, ocorrido no Brasil, com a participação de diversas empresas estrangeiras¹²⁹.

A Corrupção é um sistema, tem raízes e se interliga com diversos setores, ela se retroalimenta, segundo os dados citados no relatório¹³⁰, o qual assevera que: “A corrupção e os conflitos armados alimentam um ao outro e ameaçam a paz duradoura” trazendo com isso, uma outra característica importante, nos países que detém as maiores pontuações de corrupção pode se verificar também, a presença do crime organizado, além de maior grau de ameaças à segurança. Com isso, ratifica-se o entendimento trazido por Mairal¹³¹, de que “os fatores jurídicos, criam um campo fértil, ou, inclusive funcionam como causa direta da corrupção, independentemente dos sistemas econômico ou político imperante”. Depreende-se do raciocínio do autor supracitado¹³² que existem dois tipos de corrupção: a espontânea e a induzida, a primeira nasce do próprio beneficiário da vantajosidade, exemplo, o interessado oferece propina a quem detém o produto, serviço ou para ter tratamento privilegiado, na segunda situação, o autor exige um ato de corrupção para realizar a atividade, exemplo, exige a propina para agir, neste caso, é o dono do produto ou serviço, quem exige uma propina para conceder o objeto desejado, ou seja induz ao outro a realização do ato mediante a vantagem oferecida, essa exigência pode se apresentar expressa ou tácita.

Na seara do direito público, essas situações de corrupção bastante conhecidas e divulgada pelo mundo se apresentam de formas variadas, assim, quando citamos a abordagem da corrupção legalizada, estamos entrando em um mundo obscuro, mas, perfeitamente visível quando se conhece o direito. Existem várias dificuldades que possibilitam a corrupção na área do direito e sua positivação, em especial, quando se refere a legislações que envolvem o direito administrativo, pois, este sofre grande influência dos Governos, mediante a edição de Medidas Provisórias e Decretos que podem alterar a legislação já consolidada.

¹²⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Algumas empresas multinacionais foram condenadas por práticas anticompetitivas: (...) “Alstom Brasil Energia, Bombardier Transportation Brasil, CAF Brasil Indústria e Comércio, IESA Projetos Equipamentos e Montagens, MGE Equipamentos e Serviços Rodoviários, Mitsui & Co Brasil, MPE - Montagens e Projetos Especiais, TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços, Temoinsa do Brasil, e TTrans Sistemas de Transportes”, perfazendo um total de (...) “515,6 milhões”.(...).

¹³⁰ Transparência Internacional. (...) “O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) de 2022 revela que 124 países estagnaram nos seus níveis de corrupção, enquanto que o número de países em declínio está aumentando. Tal quadro traz sérias consequências, tendo em vista que a paz mundial está deteriorando¹ e que a corrupção é, simultaneamente, causa e resultado desse quadro”(....).

¹³¹ MAIRAL, Hector. **As raízes legais da Corrupção: ou como o direito público fomenta a Corrupção ao invés de combatê-la**, p. 30.

¹³² Idem, p. 35

Mairal¹³³ assevera que são diversas as situações que caracterizam a conexão entre o direito e à corrupção, no direito argentino por exemplo, entre outras, podemos resumir: o desconhecimento da norma vigente, as alterações constantes na legislação, falta de clareza nas normas resultando em interpretações diversas, por vezes instituída de forma deliberada¹³⁴, regras de validade duvidosa, grande margem de discricionariedade para efetiva aplicação da norma, impossibilidade de cumprimento (alto custo), ausência total ou parcial de controle, e até mesmo o não cumprimento da legislação mediante a opção de gradação da penalidade pelo descumprimento ser mais favorável. Todas essas situações se consolidam e são reforçadas pela ausência da intervenção judicial tempestiva por parte do interessado (requerente), somada a punição ter características severas no descumprimento, conforme o caso, além de falha nos controles administrativos e judiciais sobre o funcionário. No caso brasileiro, conforme relatado¹³⁵, “criam-se dificuldades para vender facilidades”, ou seja, o Estado, por meio de regras infralegais, acaba estipulando sanções, e nessas regras podendo surgir brechas de negociação.

Por fim, a corrupção se apresenta em vários formatos, ativa, passiva, ativa e passiva, e todas se caracterizam pelo autor do pedido da propina, se ativa, quando o particular oferece vantagem para conseguir o benefício, passiva quando é o agente público quem pede alguma coisa (propina) para conceder o direito. Por último a corrupção se apresenta de forma ativa e passiva quando se concretiza o crime de aceitação da oferta (vantagem ou propina) pelo particular ou público, e o outro aceita (público ou particular). Lembrando que a passividade é de quem aceita, sendo ativa a corrupção de quem oferece.

Assim, na engrenagem das relações jurídicas e contratuais entre público e privado de que forma, o instrumento do *Compliance* inova no aspecto do combate à corrupção, especialmente, no processo de contratações públicas? Percebe-se que existe na seara das contratações públicas, um campo fértil à corrupção, e mais ainda, uma dificuldade maior se apresenta, quando se trabalha com definições estanques, ou seja, a partir do momento que se define o que é a corrupção se delimita então, o modo como a observamos, e tudo aquilo que não couber na definição poderá não ser compreendido no seu amago. Assim, em se tratando de corrupção, o comportamento, a formação e a cultura de cada país tem muito a dizer sobre a sua graduação. No mundo acadêmico surgem muitas discussões acerca da Corrupção, assim este

¹³³ MAIRAL, Hector. **As raízes legais da Corrupção: ou como o direito público fomenta a Corrupção ao invés de combatê-la**, p. 40-42.

¹³⁴ Sobre essa possibilidade chama-se atenção a “ambiguidade deliberada” no âmbito legislativo e administrativo, citada por MAIRAL, Hector A, traz a possibilidade de acordos no âmbito do Poder Legislativo, e maior discricionariedade no âmbito administrativo, pela escolha da aplicação.

¹³⁵ MAIRAL, Op. cit, p. 43.

fenômeno complexo traz algumas questões a serem levantadas¹³⁶: “O que é? Como e onde existe? Quais as suas causas? Quais são suas consequências? Pode ser medida? Há nexos entre corrupção, contratos e financiamento eleitoral? Pode ser combatida? Pode ser eliminada ou contida? Por quais meios? O que se está fazendo para controlá-la? O que falta fazer?”. Em suas respostas trazem à lume toda a discussão necessária a identificação do objeto corrupção, inclusive no que se refere a relação triangular: Corrupção x Contratos x Financiamento eleitoral. Portanto, entendendo que existe uma rede que interliga a corrupção em vários setores, identificando os campos de estudo, questiona-se: Quais os pontos ou “riscos” sensíveis à corrupção que podem permear as fases processuais dos contratos públicos, e como identificá-los? Entendendo-se que este setor da Administração Pública se encontra, sempre sob suspeita¹³⁷.

No que se refere ao *Compliance*, as questões a serem tratadas por esse instrumento nos parece sobrepôr questões inerentes ao controle, entendendo-se este controle¹³⁸, como sendo a “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”. Destacando-se ainda que o papel de Controle dos Tribunais de Contas, presentes no Brasil e em Portugal tem atuações diferenciadas. Deste modo, uma vez identificados alguns dos principais problemas possíveis a serem considerados como sendo suscetíveis à riscos de corrupção, sejam estes na fase pré contratual, como na fase contratual, como então serão efetivados os programas de *Compliance*, quais as diretrizes a serem adotadas pelas suas regras nos contratos públicos e quais os resultados pretendidos com a implementação do Compliance nas licitações e públicas?

Preliminarmente, em razão dos escândalos, da Petrobras e BNDS (Estatais Brasileiras) o *Compliance* surge numa primeira iniciativa presente na Lei nº 13.303, desde 2016, para blindar as Estatais brasileiras. De fato, a Lei das Estatais como ficou conhecida traz um marco significativo para a Integridade no setor público, além de criar regras específicas de Governança organizacional¹³⁹. A Lei em referência traz regras específicas (diretrizes e restrições) para a constituição e funcionamento no Conselho dessas empresas, englobando as

¹³⁶ RIBAS Junior, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**, p. 36.

¹³⁷ MAIRAL, Hector. **As raízes legais da Corrupção: ou como o direito público fomenta a Corrupção ao invés de combatê-la**, p. 177.

¹³⁸ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**, p. 40.

¹³⁹ TCU. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU / Tribunal de Contas da União**. Edição 3, 2020, p. 242. O TCU define a Governança pública organizacional com base em variados conceitos como sendo aquela que “compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

nomeações de diretoria, avaliações de desempenho dos administradores (art.º 13) devendo constar tais regras em seu Estatuto. Somando-se a essas diretrizes, destaca-se o tema “Integridade”, em que a Lei especifica desde a implementação de Código de Conduta, Canal de denúncias, entre outros. Para os demais órgãos públicos federais, as questões relativas a Governança Pública aplica-se o Decreto Federal nº 9.203, de 2017. Nessa linha, a Lei inova o cenário público com as diretrizes de se estabelecer gestão de riscos¹⁴⁰, seguido pela Portaria nº 1.827 de 2017 que institui um Programa de Fomento à Integridade Pública (PROFIP)¹⁴¹ por meio do qual os órgãos da Administração Pública são orientados a iniciar um processo de gestão da integridade, com base em quatro eixos: “avaliação de riscos relativos ao escopo; processo de monitoramento contínuo; a clara definição de instâncias e agentes responsáveis; comprometimento efetivo da gestão, através do apoio da alta direção”. O trabalho desenvolvido pela CGU é consolidado por meio de acompanhamento e capacitação. Entretanto outras iniciativas de legislação com objetivo de combate à Corrupção foram editadas nos Estados brasileiros, e foram publicados diversos normativos os quais, estabelecem regras de integridade e *Compliance*.

A CGU- Controladoria Geral da União¹⁴² órgão de controle apresenta relatórios de suas operações que comprovam a quantidade atos de corrupção registrados no Brasil, e de acordo com os números dos últimos vinte anos, o prejuízo apurado no emprego das verbas públicas chegou a R\$ 6.263.516.046,22 (Seis bilhões, duzentos e sessenta e três milhões, quinhentos e dezes seis mil, quarenta e seis reais e vinte e dois centavos). Nessa linha de trabalho no combate à corrupção a CGU criou um projeto denominado de Empresa Pró-Ética, para incentivar a instituição da integridade das empresas brasileiras e as multinacionais que atuam no Brasil. A participação das empresas se dar de forma voluntária, e é implementada mediante um programa visando “prevenir, detetar e remediar atos de corrupção e fraude, bem como para promover uma cultura organizacional de integridade”. O âmago da questão neste trabalho, é verificar até que ponto o instrumento do *Compliance* é inovador e efetivo nas contratações públicas, considerando a literalidade de sua tradução, como já mencionado anteriormente. No Brasil, a tradução literal se relaciona com a conformidade¹⁴³. Diante da globalização, do

¹⁴⁰ DECRETO nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, **Diário Oficial da União**. (...) “IV - gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos”.(...).

¹⁴¹ CGU - Controladoria-Geral da União. **PROFIP - Programa de Fomento à Integridade Pública**.

¹⁴² CGU - Controladoria-Geral da União. **Operações Especiais. Estatísticas**.

¹⁴³ *COMPLIANCE*. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. “Conjunto de Ações ou procedimentos que visam verificar o cumprimento de leis, regulamentos, normas ou padrões estabelecidos, geralmente numa empresa ou instituição; verificação da conformidade (ex.: a irregularidade foi detectada pelo departamento de *Compliance*; *Compliance* laboral).”

desenvolvimento tecnológico, da crescente inovação tecnológica, do acirramento da concorrência internacional e do volume de recursos públicos destinados à realização de compras de bens e serviços que irão materializar o interesse público na execução de políticas públicas, o tema corrupção se faz presente. Este tema tem se mostrado em sua operacionalização, cada dia mais sofisticado, inclusive em momentos trágicos, onde não se imagina que poderia existir, como por exemplo, alguns desvios de recursos públicos no Brasil, nas compras públicas para o enfrentamento à COVID-19¹⁴⁴.

A corrupção não é uma situação que ocorre de forma exclusiva no Brasil, pois está presente em todo o mundo, em especial, nas relações comerciais entre os países, inclusive nos blocos econômicos (União Europeia; Mercosul; Nafta; etc) os quais estabelecem regras de combate à corrupção em seus sistemas jurídicos, nas relações entre os países dos blocos e seus contratos internacionais e transnacionais¹⁴⁵. Entretanto, as mudanças que vem ocorrendo na sociedade estão sendo gradativamente inseridas pelos sistemas jurídicos que impactam também na legislação interna desses, conforme se pode ver com a presença da entidade da União Europeia e os Estados-Membros, em que se verificam vários processos de integração de ordem econômica. Neste sentido, as transformações trazem a necessidade de adaptações nas legislações dos entes, provocando vários impactos nos regimes jurídicos administrativos existentes nesses países, e é neste ponto que se destaca um tema transversal, que é o combate à Corrupção. Assim, o *Compliance*, como instrumento ao combate a corrupção, sendo este um “produto dinâmico, constantemente inacabado e em contínua mutação”, sendo considerado então programas imperfeitos¹⁴⁶. Deste modo consolida-se aqui um aspeto importante, a constatação de que a corrupção existe, de que é um tema transversal, e que assim sendo permeia toda a sociedade, não tem época nem lugar, é atemporal e onipresente, e o pior, pode ocorrer em momentos de tragédias humanas, impedindo o alcance dos resultados benéficos à população e seus cidadãos. Em Portugal, chama-se atenção para o Programa XXII do Governo Constitucional, no qual foi definido como: “ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO// 2020 – 2024” - GOVERNO DE PORTUGAL¹⁴⁷. Este documento traz alguns objetivos de combate a corrupção e tem como finalidade tornar “a ação do Estado mais

¹⁴⁴ OPAS-OMS- Organização Pan-americana de Saúde/Organização Mundial de Saúde. COVID-19 – (...) “Em 11 de março de 2020, a OMS- Organização Mundial da Saúde, por meio de seu diretor, Tedros Adhanom Ghebreyesus, em Genebra, na Suíça comunicou que a COVID-19, a doença causada pelo novo coronavírus, se tornava caracterizada como uma pandemia”.(...)

¹⁴⁵ Transnacional (trans- + nacional) - Que ultrapassa os limites das fronteiras de um país. = Transfronteiriço. Que envolve ou que é comum a vários países. Vide. "transnacionais", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2020.

¹⁴⁶ JUNIOR, Felipa Marques e MEDEIROS, João. **A elaboração de Programas de Compliance**, p. 125.

¹⁴⁷ RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 37/2021. Aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. **Diário da República** n.º 66/2021, Série I de 2021-06-04.p.8-49.

transparente e justa, promovendo a igualdade de tratamento entre os cidadãos e fomentando o crescimento económico”, para tanto, o combate a corrupção é destaque. Nesse aspeto, conforme consta no documento citado, para efetivar essa premissa será utilizado como estratégia a prevenção de práticas corruptivas por meio de um “relatório nacional anticorrupção”. São várias ações decorrentes desse compromisso, que envolve vários setores, destaca-se que essa estratégia (2020-2024) Governamental, deseja alcançar ainda os processos de contratação pública, e nesse sentido, traz a obrigatoriedade de “planos de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexa” para as médias e grandes empresas.

No Brasil, a Lei Anticorrupção brasileira¹⁴⁸, inseriu no mundo jurídico a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas nas contratações com a Administração Pública e de acordo com o estudo realizado pelo TCU, no Brasil, existem 29 (vinte e nove) áreas de alto risco para a Administração Pública Federal. Conforme demonstrado, é perceptível que existe uma “vulnerabilidade à fraude, desperdício, abuso de autoridade, má gestão ou necessidade de mudanças profundas para que os objetivos das políticas públicas sejam cumpridos”. Deste modo, o levantamento traduz o panorama dos últimos cinco anos, inclusive, enumerando os problemas de cada área citada, que vão desde assuntos relacionados à qualidade, compartilhamento e transparência dos dados governamentais, à infraestrutura, segurança da informação, gestão do patrimônio imobiliário federal, educação, saúde, pagamento de benefícios da seguridade social, tributos, gestão e integridade nas contratações, entre outros, sendo este último o foco do nosso estudo. Observa-se que as áreas que merecem maiores controles, envolvem direta ou indiretamente aquelas que se relacionam com os direitos fundamentais e a prestação dos serviços públicos para o alcance desses direitos.

Deste modo, o *Compliance* por zelar pelo cumprimento das normas por meio de um programa sistêmico na busca de identificar possíveis riscos existentes em várias áreas conhecimento, no que se refere aos processos que tem a finalidade pública de adquirir bens, obras e serviços sua aplicabilidade tem o condão específico de evitar situações de corrupção, desvios de finalidade, má utilização de recursos públicos e fraudes. Deste modo, são essas áreas responsáveis pelas aquisições e contratações públicas, que consolidarão a operacionalização da infraestrutura necessária na consecução dos objetivos inerentes à missão institucional (finalística) do ente. No contexto da Administração Pública, entende-se como atividades finalísticas¹⁴⁹ aquelas que representam o negócio da instituição, as atividades referentes a sua

¹⁴⁸ LEI Anticorrupção. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União** Edição: 148. Seção: 1, p. 1.

¹⁴⁹ TCU. Portal do Tribunal de Contas da União. Glossário: Área finalística. Diz respeito às unidades de negócio responsáveis pela execução de macroprocessos finalísticos. Os macroprocessos podem ser entendidos como agrupamentos de processos necessários para a produção de uma ação ou desempenho de uma atribuição da organização ou ainda como grandes conjuntos de atividades pelos quais a organização cumpre sua missão, gerando

missão, pelas quais o Estado efetiva suas políticas públicas, sejam estas de saúde, educação, social, moradia, etc. Percebe-se então, o grande volume de recursos financeiros arrolados nas aquisições de bens, serviços e obras públicas, sendo a área meio (administrativa), como dito, àquela que irá operacionalizar os instrumentos que formalizarão as relações entre o Estado e os particulares para consecução das políticas públicas.

1.4.4 As diretrizes do *Compliance* nos contratos públicos em Portugal e no Brasil.

Inicialmente, destaca-se que no caso de Portugal, como já citado, a própria adequação às regras da UE ainda estão a passos lentos, de acordo com o Painel de Avaliação de Mercado Único, entendendo-se este como um “conjunto de legislação da UE, acompanhado de medidas nacionais de transposição”, neste aspecto, a finalidade é criar mecanismos que possibilitem viabilizar na prática que o “mercado único” não fique apenas na teoria, e sim, que possibilite a participação efetiva dos cidadãos e das empresas em várias atividades, sejam, profissionais, turísticas, compras, investimentos, em toda UE. A postura de Portugal¹⁵⁰ segue as diretrizes da UE no sentido de reprimir as atividades ligadas à criminalidade, alinhando-se a tratados internacionais e publicando diversos normativos, a exemplo da Lei 36/94, de 29 de setembro que inaugura o combate à Corrupção e Criminalidade Econômica e Financeira, seguidas de várias outras leis, a exemplo da Lei 30/2015, de 22 de abril que alterou o Código Penal a fim de dar cumprimento as diretrizes internacionais.

O referido painel de avaliação¹⁵¹ tem como objetivo demonstrar como este movimento ocorre na prática e divide-se em três segmentos: “por etapa do ciclo de governança ; por desempenho por Estado-Membro e por ferramenta de governança”. Ressalta-se que as ações relativas às etapas citadas, em especial, ao desempenho por ferramenta de governança, trazem diretrizes que possibilitam verificar o nível de “Cooperação formal e informal entre a Comissão Europeia e os Estados-Membros”, por exemplo, observando, a transposição, as infrações, o Piloto da UE, e as áreas prioritárias, além de instituir a “Cooperação administrativa entre autoridades nacionais, a qual abrange o Sistema de Informação do Mercado Interno (IMI) e a Rede de Cooperação em Defesa do Consumidor (CPC), entre outros “Serviços de assistência a cidadãos e empresas”. Todas essas questões se relacionam com a implementação do Mercado

valor para o cliente/cidadão/usuário. Neste contexto, os macroprocessos finalísticos referem-se à essência da organização, caracterizam a atuação da organização e estão diretamente relacionados às grandes funções da organização e aos seus objetivos estratégicos e à geração de produto/serviço para o cliente interno ou externo.

¹⁵⁰ JUNIOR, Felipa Marques; MEDEIROS, João. **A elaboração de Programas de *Compliance***, p. 132.

¹⁵¹ Ver Painel de Avaliação de Mercado Único, que apresenta uma visão geral de todos os Estados-Membros, além dos resultados alcançados, possibilitando gerenciar todo o sistema.

Único, principal diretriz e sentido da criação da UE. Ao passo que ao relacionar por exemplo, a ferramenta “Transposição” pode se compreender a extensão da problemática. Uma vez que não ocorre a transposição das regras da UE para os Estados-Membros nos prazos acordados nas diretivas, fica comprometida toda a implementação. Diante desse panorama, é possível compreender um liame entre os objetivos das Diretivas da UE na implementação do Mercado Único com a transposição das Leis aos Estados-Membros. Entretanto, é importante verificar que só a transposição das Leis, não parecem ser suficientes para o pleno funcionamento, pois, a implementação prática à modernização dos Estados-Membros, a busca pela eficiência e eficácia, frente às diretrizes unificadas, envolvem, políticas sociais que são instrumentalizadas pelos órgãos da Administração Pública, o que necessita impreterivelmente de uma boa governança. De modo que implementar o *Compliance* no setor público, e em especial nas contratações públicas, é uma tarefa que exigirá muito esforço do Estado.

No caso do Brasil, apesar de não existir um sistema econômico-jurídico internacional que obrigue o país a implementar regras e políticas econômicas e sociais, existem muitas regras que são estabelecidas internamente, além, de outras decorrentes de Tratados Internacionais. Porém, em relação as diretrizes de *Compliance* no setor público, no Brasil, essas acabaram se transformando em regras de integridade parcialmente exigidas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, enquanto no nível federal, a exigência foi decorrente dos órgãos de controle, em especial direcionado às empresas públicas, e recentemente, com a instituição de Programas de Integridade nos grandes contratos públicos (Lei 14.133/2021).

CAPÍTULO II – O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

2. DIRETRIZES DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

Este capítulo abordará os principais conceitos acerca dos Contratos Públicos em Portugal, inserido no âmbito das Diretivas da UE, demonstrando a influência destas na regra nacional, e ao mesmo tempo em que se observa a disciplina dos procedimentos do CCP frente aos riscos contratuais, com análise dos dispositivos e a inovação do instrumento do *Compliance*.

Nessa seara segue-se os principais dispositivos dos contratos públicos, observado o processo de formalização dos contratos públicos em Portugal, as suas fases, procedimentos e impacto das diretivas. Assim, o tema *Compliance* em Portugal e em todos Estados-Membros tem relevância na agenda da UE, no sentido de disciplinar a utilização do grande volume de recursos públicos.

Assim, as diretivas da UE, definem um padrão a ser seguido, uniformizando os procedimentos pelos diversos Estados, no intuito de possibilitar a livre circulação de produtos, mercadorias e serviços, inserido em um ambiente que propicie tratamento igualitário e uma maior amplitude na concorrência visando o interesse público.

2.1. Análise dos principais dispositivos do Código de Contratos Públicos

Em primeiro lugar, cabe assinalar que o CCP procede à transposição das Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, e retificadas pela Diretiva n.º 2005/51/CE e Diretiva n.º 2005/75/CE. Oportunamente, se observa que o artigo 14 do CPP revoga várias legislações em Portugal, incluindo o capítulo III da parte IV do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro. Segue assim, o CCP as duas Diretivas citadas, que definiram um padrão a ser seguido pelos diversos Estados da UE e possibilitando uma maior amplitude na concorrência visando o interesse público. Para Silva, o CCP ao mesmo tempo que traz as transposições dessas regras, permite também uma boa margem de livre decisão na tradição portuguesa, equilibrando as práticas passadas com os novos procedimentos. Observa-se ainda, que o CCP traz uma continuidade referente aos regimes em vigor (Decretos-Leis n.ºs. 59/99 e 223/2001) considerados estes a matriz da contratação pública portuguesa¹⁵².

Muito embora estejam presentes as Diretivas e sua transposição no CCP, destaca-se que o direito na UE reconhece a autonomia de cada Estado-Membro, de modo que estes se

¹⁵² SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado**, p. 12

organizam conforme suas escolhas, tendo o legislador europeu se preocupado em assegurar a interferência do mercado interno, em especial, não permitindo que sejam feridos os princípios da concorrência, da igualdade e da não discriminação, mesmo diante da margem de liberdade de escolha dos instrumentos na persecução do interesse público¹⁵³.

Ressalta-se a inovação trazida no CCP com a transposição das diretivas inseridas em 2017 pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que trouxe um marco na evolução da contratação, com aplicação a partir de 2018, e, por último a introdução da Lei n.º 30/2021 de 21 de maio¹⁵⁴. A grande novidade é a transposição da noção de “organismo de direito público”, que segundo Silva, José¹⁵⁵ foi inserida no sentido de (...) “acompanhar o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária e portuguesa”. No tocante a Lei n.º 30/2021 ressalta-se a sua finalidade, a qual traz a “simplificação, desburocratização e flexibilização” com a aprovação de medidas especiais de contratação quando se tratar de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, também designados por FEEL- Fundos Europeus Estruturais e de Investimentos. Destaca-se que os artigos inseridos pela Lei citada no CCP, trazem alterações em vários objetos de contratação, a exemplo das contratações de tecnologia de informação, saúde, entre outros, incluindo procedimentos simplificados (art.9º da Lei 30/2021), tramitação eletrónica, dispensa de deveres de fundamentação por lotes e da fixação de preço-base, entre outras. Em linhas gerais, chama-se a atenção que o CCP traz no art.º. 39º a possibilidade de agrupamento de entidades adjudicantes com o propósito de formar contratos de interesse comum, formar acordo-quadro, realizar gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos, aquisição conjunta por meio de catálogos eletrónicos.

Assim o caminho a ser perseguido neste capítulo, compreende os dispositivos do CCP, contemplando as diretivas e a sua possível interface com o *Compliance*. Buscar-se-á então, na sequência da análise desses dispositivos, a identificação de possíveis situações de riscos que possam indicar algum indício de atos de corrupção, permitindo construir um mapeamento que possibilite gerenciar tais riscos e mitigar atos irregulares, ilegais ou com indícios de corrupção por meio de um sistema de *Compliance*, considerando as etapas do processo de contratação na formalização dos contratos públicos de Portugal, entendendo-se estas como fase pré-contratual e contratual. Para formatar a aplicabilidade das regras de *Compliance* nos processos de contratação pública na legislação de Portugal, iniciar-se-á com a

¹⁵³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **A contratação in house e interadministrativa**, p. 192.

¹⁵⁴ LEI n.º 30/21 de 21 de maio. **Diário da República, Série I**, p.2-39

¹⁵⁵ SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado**, p. 14.

abordagem da fase pré-contratual prevista no CCP, que estabelece¹⁵⁶ no art.º 16º os procedimentos para formação dos contratos públicos.

Em síntese, pode se afirmar que os procedimentos dispostos na fase pré-contratual se inicia com os procedimentos necessários a realização do ajuste direto; concurso público; concurso limitado por prévia qualificação; procedimento de negociação; diálogo concorrencial.

A análise dos dispositivos o CCP envolve variados temas que se correlacionam, cita-se preliminarmente, a forma de escolha do procedimento na legislação portuguesa (art.º 17º a 22º), o procedimento do ajuste direto (art.24 a 34º) e a formação do contrato prevista no artigo 34º. Assim, busca-se identificar na fase inicial do processo de contratação, os dispositivos que implicam em pontos de riscos nos quais haverá necessidade de maiores desdobramentos na legislação em análise (artigo 55º), considerando os possíveis impedimentos de contratação, especificamente, os dispostos das alíneas¹⁵⁷ “i: i, ii, iii e iv”, destacando-se tais vedações na legislação portuguesa. As atividades que compõem os procedimentos pré-contratuais, estes que são definidores do contrato, envolvem uma série de requisitos, como: qualificação dos candidatos, capacidade técnica, financeira, metodologia de avaliação das propostas, definição de fatores e subfactores que irão delimitar o critério de adjudicação em consonância com os princípios da contratação pública. Assim, a elaboração das peças do procedimento, em especial, o caderno de encargos que tem como finalidade estabelecer as regras para a apresentação das propostas, consolidam a fase preparatória, assim como, o preço base, este entendido como preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. Deste modo, a formalização dos contratos públicos é constituída por várias etapas e trazem uma certa complexidade, conforme afirmam Sousa e Matos ¹⁵⁸: “compreendem paradigmaticamente, diversas fases”.

Portanto, de forma simplificada, pode-se definir que a primeira etapa do procedimento é a fase Pré-contratual¹⁵⁹, que nasce com a necessidade do objeto e a decisão de contratar (Art.36º) e segue todas as diretrizes dos dispositivos do CCP. A segunda etapa, com a publicação do Anúncio (Art.34º) ou convite para a apresentação das propostas, e destaca-se a publicação do Anúncio do Procedimento a ser realizado pelas Entidades adjudicantes, ou o Convite, quando por Ajuste Direto, seguido pela última etapa que é a formalização do contrato (art.94º a 106º).

¹⁵⁶ DECRETO - Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. CCP- Código de Processos públicos. **Diário da República, Série I. N.º 20/2008.**

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. Contratos Públicos. **Direito Administrativo Geral. Tomo III.** p. 19.

¹⁵⁹ A fase interna do processo de contratação pública reúne as atividades que incidem na fase pré-contratual e se assemelham nos procedimentos realizados nos processos do Brasil em Portugal.

De acordo com o Relatório Anual de Contratação Pública em Portugal em 2021¹⁶⁰, o maior número de contratos dispostos no Portal BASE, perfaz em 92%, os contratos referentes à aquisição de bens e serviços, bem como, estes representam montantes contratuais de 68%. Deste modo vê-se de forma significativa importância do tema abordado, as questões relativas à Boa Governança e Boa Administração e possíveis implicações consoante a necessidade de implementação de programas de integridade.

David Osborne e Ted Gabler, Andrew Gray e Bill Jenkins todos citados por Melro, afirmam¹⁶¹ que, “o Princípio da Boa Administração dá os critérios para a atuação da AP, como sendo o de eficiência, economicidade e celeridade”. Os princípios da eficiência, economicidade e celeridade, se ajustados e interrelacionados refletirão a boa administração ou boa governança pública¹⁶², esta evidencia a ética, a aplicação das leis e os princípios que regem o comportamento dos agentes públicos, trazendo três pilares a serem observados, o pilar estratégico, ético e legal¹⁶³, e a tríade GRC – Governança, Riscos e *Compliance*.

O Relatório de Portugal (2021) citado, traz informações importantes sobre a duração dos procedimentos, o que denota o nível de maturidade de uma boa governança, à medida que os prazos executados nos procedimentos demonstram a aplicação dos princípios da celeridade, eficiência e eficácia desses processos. Deste modo, consta que os prazos executados são diferenciados conforme o tipo de contrato, que no “caso dos bens e serviços 9,77% dos procedimentos demoraram menos de 4 dias a serem concluídos, enquanto no caso das obras públicas, nesse mesmo período, apenas 0,51% dos procedimentos foram concluídos”.

Destacando que em relação aos ajustes diretos estes “tendem a ser mais céleres do que os procedimentos concursais”. Nesse panorama de procedimentos dos contratos, as diretrizes do CCP, os princípios, as regras e o comportamento dos agentes devem estar submetidos a ética, e inseridos tríade GRC – Governança, Riscos e *Compliance*.

Deste modo, uma questão se levanta: (...) “Por que implementar um programa de integridade pública?” e conforme afirma Schmidt apud Vieira e Barreto, a resposta se consolida na execução de boas práticas de governança, elevando assim: a “capacidade das organizações em gerar valor, atrair investimento e garantir uma operação sustentável de suas atividades,

¹⁶⁰ Relatório anual 2021. **Contratação Pública em Portugal 2021**. IMPIC. BASE: Contratos Públicos - ONLINE.

¹⁶¹ MELRO, Ana. **O Princípio Geral da Boa Administração no Código do Procedimento Administrativo português. Pistas de investigação**, p. 6

¹⁶² VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**, p.14 (...) “A boa governança pública alia o desempenho e a conformidade ao tomar e implementar decisões sustentáveis – estratégica, ética e legalmente adequadas. Isso significa que os agentes públicos promovem ações que geram valor para solucionar os problemas públicos, agindo em conformidade com os princípios éticos que fundamentam a sociedade e a autorização legal proveniente do Estado”,

¹⁶³ Idem, p. 16

beneficiando não só proprietários e investidores, mas um amplo conjunto de partes interessadas (stakeholders), tais como empregados, clientes, fornecedores, cidadãos”. Desta forma, a governança pública por meio de seus agentes governamentais se obriga a cumprir os programas públicos respondendo às necessidades da sociedade, possibilitando a promoção do desenvolvimento sustentável de forma íntegra.

A Boa Governança e os Sistema de Gestão de *Compliance* devem andar de mão dadas, tendo em conta que a implementação do Sistema de Gestão de *Compliance* e Anti-suborno tem como norma principal a ISO19.600 e ISO NBR 37.001, sendo a ISO uma das organizações mais confiáveis e de maior credibilidade no mercado, presente em cerca de 160 países¹⁶⁴. No entanto, Carneiro e Santos Junior entendem¹⁶⁵ que antes da implementação de um Sistema de Gestão de *Compliance* e Anti suborno, é importante estabelecer a Política de *Compliance* na Organização, ou seja, instituir internamente os (...) “valores, ética e crenças que serão adotados formalmente em toda a organização e que vão interagir com as estruturas da organização e sistemas de controle de modo a produzir normas de comportamento que serão favoráveis aos resultados de *Compliance*”. Observa-se que os sistemas de gestão de *Compliance* definidos em âmbito internacional, se equiparam na legislação brasileira aos programas de integridade, assim a expressão foi incorporada ao vocabulário jurídico-administrativo brasileiro¹⁶⁶.

Preliminarmente, é preciso conhecer a história de um país para se compreender as suas leis, e antes de adentrar observa-se que Portugal entrou na Comunidade Europeia em 1986, e gradativamente foram sendo incorporados outros países até que em 2007, com o Tratado de Luxemburgo, a Comunidade Europeia se transforma em União Europeia. Para disciplinar os contratos públicos Portugal dispõe em seu ordenamento jurídico, o CCP- Código de Contratos Públicos, e concomitante, se faz necessário observar também as diretrizes do CPA- Código de Processo Administrativo¹⁶⁷, pois este último traz um sistema de informações que arquitetam a atividade estatal. O CPA tem várias razões de existir, mas, uma razão simples é que, as boas práticas cada vez mais cobradas, a boa Governança e a entrada de Portugal na Comunidade Europeia, podem ter sido a alavanca que faltava para sua criação. Este Código traz vários

¹⁶⁴ CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. *Compliance e Boa Governança*, p. 49. (...) “Nesse contexto, a norma internacional ISO 19600:2014 trata de orientações que vão desde a criação, desenvolvimento e implementação do Sistema de Gestão de Compliance (também chamado de Conformidade) até a avaliação, manutenção e melhoria contínua desse sistema”.

¹⁶⁵ Idem, p. 51

¹⁶⁶ VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. *Governança, gestão de riscos e integridade*, p. 162

¹⁶⁷ DECRETO-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. *Código do Procedimento Administrativo*. Diário da República n.º 4/2015, Série I de 2015-01-07.

princípios a serem observados na atividade administrativa, princípios como o da legalidade, da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos; da boa administração; boa-fé; colaboração com os particulares; da administração; da proteção dos dados pessoais, entre outros. Destaca-se de pronto a análise exposta por Melro, Ana¹⁶⁸, no que diz respeito ao sistema do Direito Administrativo português, o qual consolidou “o sistema de administração executivo (ou sistema francês) e o sistema de administração judiciário (ou sistema britânico)”.

O CCP interage diretamente com as diretrizes do CPA, pois, ambos estão inseridos nas atividades administrativas desempenhadas pelo Poder público, este Código passou por várias revisões, mas, em 2015 foi substancialmente revisado, por meio do Decreto-Lei n.º 4/2015 acabou sendo um novo Código. O CCP foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, em 29 de janeiro, e também foi objeto de várias alterações¹⁶⁹, considerando, sobretudo, as diversas transposições resultantes das Diretivas europeias, a exemplo, em 2014, das Diretivas n.ºs 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, além da Diretiva n.º 2014/55/UE.

Das alterações introduzidas no Código, pode-se sublinhar as inovações como: maior amplitude no regime dos contratos, criação de um novo procedimento (parceria para a inovação), a possibilidade de adjudicação de contratos sob a forma de lotes, e o incentivo à participação das pequenas e médias empresas. No âmbito das políticas sociais, o CCP inova, com a possibilidade de inclusão de pessoas com deficiência a serem empregadas pelas empresas. Evidencia -se a inserção de um novo critério de adjudicação, qual seja: a proposta economicamente mais vantajosa, e a seguinte diretriz: “a melhor relação qualidade-preço e o preço ou custo, utilizando uma análise custo-eficácia, nomeadamente os custos do ciclo de vida, embora sem deixar de permitir a adjudicação pelo preço mais baixo, quando adequado. As mudanças incluem ainda, mais simplificação nos procedimentos, que vão desde o encurtamento dos prazos das propostas e das candidaturas, possibilidade de correção das propostas, sem sua exclusão, além da contratação por meio de ajuste direto simplificado de empreitadas de valor

¹⁶⁸ MELRO, Ana. **O Princípio Geral da Boa Administração no Código do Procedimento Administrativo português**. Pistas de investigação, p. 728.

¹⁶⁹ DECRETO - Lei 18/2008. **Diário da República** n.º 20/2008. Série I de 2015-01-07. p. 753-852. Diversas alterações foram introduzidas no CCP, das quais destacam-se as alterações pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>

até 5. 000 euros, contratação por meio de concurso público urgente de objeto com valor até 300.000 euros, entre outras¹⁷⁰.

Oportunamente, destaca-se uma outra modificação importante com a introdução do artigo 35.º-A no CCP, permitindo a realização de uma consulta preliminar ao mercado por parte da entidade adjudicante antes da abertura do procedimento. Também, sobrevieram regras acerca da fixação do critério do preço (anormalmente baixo), a qual extinguiu a sua indexação ao preço base, além, de disponibilização de plataforma eletrónicas e fatura eletrónica em contratos públicos¹⁷¹, criação da figura do gestor de contratos, etc.

Sobre o tema preço, este de difícil clarificação, tendo em conta as variáveis externas que contribuem para sua delimitação, o que se faz preeminente questionar¹⁷²: se este preço, é público ou privado? pois, bem, o preço contratual é formado pela “equação económico-financeira do contrato e reflete o menor valor monetário pelo qual o seu proponente particular se comprometeu a assumir quanto a riscos e obrigações contidos no escopo licitado”, ou seja, mediante as condições estabelecidas pelo contraente público. O preço, (...) “a menor expressão monetária exequível — em comparação com os praticados pelo mercado, em determinado tempo ou lugar — proposta pelo particular,” deste modo, o preço ofertado livremente pelo privado, é, portanto, a expressão da sua vontade. De tal forma, conclui-se que: (...) “é prerrogativa do particular de propor o preço do contrato, ao seu talante, que dá o pressuposto básico de bilateralidade presente em qualquer avença contratual, inclusive nos contratos administrativos”. Sendo a administração pública submetidas as regras económicas do setor privado. Feitas essas considerações, e tendo em vista a grande importância do tema “preço” e seus reflexos na construção dos contratos públicos, sejam internos (Portugal ou Brasil) ou na comunidade europeia, percebe-se sua conexão direta com a área sensível à atos de corrupção.

Para melhor compreensão da aplicabilidade prática dos princípios norteadores das contratações¹⁷³, cita-se alguns princípios incidentes sobre o tema, quais sejam: Princípios Gerais de Direito Interno e Comunitário (Igualdade, Imparcialidade, Transparência, Concorrência, entre outros; Princípios Específicos, “Comunitários” (Proibição da Discriminação em Razão da Nacionalidade, Reconhecimento Mútuo, etc...); Princípios Específicos da Contratação Pública como por exemplo, o (sub) Princípio da Estabilidade Objetiva. Outros princípios também são aplicáveis à contratação pública, a saber, os princípios

¹⁷⁰ IMPIC. BASE: Contratos Públicos - ONLINE. **Notícias 2017. 01 SET. 2017. Alteração ao CCP** - publicação em Diário da República.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. **Controle de preços nos contratos administrativos**. p. 43.

¹⁷³ INÊS, Pedro Daniel S.N. **Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência**. Coimbra, setembro de 2018. p.12.

gerais da atividade administrativa, os princípios gerais previstos no CPA, destacando dentre eles, o princípio da tutela da confiança, da boa-fé, da prossecução do interesse público e da publicidade. Constate-se que a relevância dos princípios aqui mencionados, se faz presente, pois, estes princípios são a base do sistema jurídico e é condição “*sine qua non*” conhecê-los para uma profunda análise da aplicabilidade das normas jurídicas. É possível deduzir que os princípios gerais relacionados no parágrafo acima, compõem um subsistema (atividades administrativas; CPA e CCP); assim como, os princípios gerais de direito interno e comunitário; os princípios específicos, “Comunitários”, todos esses perfazendo um macro sistema, consolidando a atividade estatal.

Observa-se que muitos autores se propõe a trazer definições para as espécies normativas, assim, é relembrando os ensinamento de Alexy ¹⁷⁴ acerca da teoria dos princípios, o qual traz de forma magnífica a distinção teórico-normativa entre regras e princípios, e conforme assevera, as regras são “normas que exigem algo determinado”, consideradas “comandos definitivos” sendo sua forma de aplicação a “subsunção”, ou seja, as regras se incluem em algo maior, enquanto os princípios “são comandos de otimização. Deste modo os princípios atribuem um maior valor ao que se refere, assim necessitam de ponderação entre eles, cita a “lei da ponderação”, e esta tem como regra que “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância de cumprimento do outro”.

Por ser um balizador de peso, Ávila, entende que aplicação dos princípios deve ser vista como cláusula de reserva¹⁷⁵. É sabido que todo ordenamento jurídico é constituído por normas de vários tipos, fundamentadas em princípios jurídicos, de modo que cabe ao operador do direito utilizando-se da linguagem, construir e reconstruir seus sentidos. O intérprete não tem poder de atribuir significado correto aos termos legais, segundo Ávila apud Friedrich afirma¹⁷⁶, “ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem, ou versões de significado – sentidos-, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas, algo que se concretiza no uso, ou melhor, como uso”. Nesse sentido, Larenz, apud Ávila: “definiu princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem elementos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”. Na seara dos contratos públicos as aplicações dos princípios estabelecem os fundamentos norteadores das decisões, quando existe norma incompleta ou conflito de normas. Pois, bem, considerando a base jurídica das normas, os

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**, p. 4.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 58

¹⁷⁶ Idem, p. 52

princípios, passa-se então a análise dos principais dispositivos do CCP substanciados por esses princípios norteadores das contratações públicas e sua correlação com o instrumento do *Compliance*.

Considerando a sequência dos atos processuais, a aplicação dos princípios fundadores da contratação e suas etapas implicitamente dispostas no CCP, e ainda, levando-se em conta o que assevera o CPA, este discorre sobre a relação jurídica procedimental administrativa, e traz três aspetos a se observar: os sujeitos do procedimento; os interessados no procedimento e suas garantias de imparcialidade.

É pressuposto primeiro, que compreender as relações jurídicas do contrato administrativo, exige uma construção de raciocínio e sua evolução, assim, esse direito se origina na matriz autoritária do Direito Administrativo, ou seja, é o direito “exorbitante”¹⁷⁷, assim, para Correia, apud Veloso e Amorim, O CCP é “o primeiro grande monumento normativo infraconstitucional do direito público português do Século XXI”. No entanto, da leitura do artigo 200º do CPA extrai-se que a Administração Pública Portuguesa pode “celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado”.

Consubstanciando com este entendimento, Veloso, afirma: (...) “o CCP, ao assumir que o contrato administrativo apenas abrange as categorias identificadas nas alíneas do nº 1 do art.º 280º e nos arts. 3º e 8º, pressupõe claramente que existem também contratos de Direito Privado da AP”. Esta realidade encontra-se explicitada no art. 200º do CPA, cujo nº 1 prescreve que os órgãos da AP podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de Direito Administrativo, ou contratos de Direito Privado. E no item 2 do art.º. 200º do referido Código, este faz a correlação desses contratos administrativos com os contratos públicos, quando esses se classificam nas definições do CCP- Código dos Contratos Públicos ou em

¹⁷⁷ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos Públicos portugueses**, p. 123 (...) “O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português 1936-1940. Vigorava o princípio da tipicidade dos contratos administrativos,¹⁵ em que estes últimos tinham em comum o facto de estarem baseados no modelo de concessão e obrigados à prossecução dos fins do contraente público. (...) “Com a transição para o regime democrático, abandonou-se o regime de tipicidade e publicou-se em 1984 o primeiro Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que definia, no seu art. 9º, o contrato administrativo como o acordo de vontades pelo qual se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica de Direito Administrativo. Assim, se possibilitou a qualificação como contratos administrativos dos contratos atípicos e inominados”. Em causa, encontravam-se os contratos realizados sobre a tutela dos poderes públicos. Mais tarde, em 1991, o Código do Procedimento Administrativo (CPA), no seu art. 178º, veio retomar o conceito aberto de contrato administrativo, estabelecendo no seu art. 179º uma regra de acordo com a qual, na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer. Mais recentemente, em 2008, o Código dos Contratos Públicos (CCP) veio reconhecer à AP um espaço de autonomia contratual pública, hoje previsto no art. 278º do CCP, de teor semelhante ao anterior art. 179º do CPA, que acabamos de referir”. (...).

legislação especial, sendo possível em regra geral, a realização de quaisquer contratos administrativos.

Depreende-se que o CCP define no Título II, Parte III, que os contratos de aquisição ou locação de bens móveis, bem como os de aquisição de serviços celebrados por contraentes públicos, são contratos administrativos¹⁷⁸. Nesse patamar, conclui-se que o CCP e as regras dos contratos administrativos, no que couber serão a base das relações jurídicas entre Administração e particulares, nas aquisições públicas. com isso, alinha-se aqui as fases processuais do CCP com as diretrizes do CPA, e elege-se abaixo alguns princípios e dispositivos a serem considerados nessa análise.

Na fase Interna ou preparatória (pré-contratual) se levantam questões inerentes a formação dos contratos, e para tanto, dar-se início ao processo com a primeira grande decisão: a decisão de contratar, tendo como premissa o princípio da motivação. Observa-se que os procedimentos operacionais que consolidarão o processo têm sido alterados, e modernizados por meio de plataformas eletrônicas¹⁷⁹, estas que se constituem em uma infraestrutura de informática, a qual dará o suporte a esses processos. No entanto, frise-se que as bases tecnológicas não se dissociam da base legal, ao contrário são construídas sobre as diretrizes de dispositivos legais, isto porque tais bases funcionam como suporte necessário a sistematização da informação do direito.

Sublinha-se em matéria de contratações eletrônicas, o que traz o artigo 22.º c/c o artigo 36.º)¹⁸⁰ pois se trata de “norma imperativa dirigida aos Estados-Membros, que abrange todas as comunicações e intercâmbios de informações”¹⁸¹, isto, sendo materializado por meio de um portal na Internet (portal dos contratos públicos: www.base.gov.pt).

Partindo da ideia inicial da óbvia necessidade de contratar e obrigatoriedade de fundamentar tal decisão, os princípios serão diuturnamente invocados nas aquisições públicas, como o princípio da legalidade, da justiça e da transparência. O objetivo é consolidar a

¹⁷⁸ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português**, p. 117.

¹⁷⁹ PORTARIA nº 701-G/2008 de 29 de julho. **Diário da República, Série I**, n.º 145/2008, 1º Suplemento, de 2008-07-29, páginas 25-36. (...) “As plataformas eletrônicas constituem uma infraestrutura informática que serve de suporte aos procedimentos de contratação pública, desenrolando-se os vários passos sob o comando directo da entidade adjudicante e dos interessados ou concorrentes, nos termos e dentro dos limites previamente estabelecidos. Não cabe, por isso, às plataformas eletrônicas uma intervenção própria e autónoma em cada procedimento específico, mas exclusivamente um papel de base automática disponibilizada aos utilizadores e detentora de uma série de aplicações informáticas que consubstanciam os serviços que prestam.” (...)

¹⁸⁰ DECRETO-Lei 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República, Série I**. Nº 20/2008, de 2008-01-29. Cita-se então, o artigo referenciado (n. 1 do artigo 22.º), o qual assevera que: “os Estados-Membros devem assegurar que todas as comunicações e intercâmbios de informações ao abrigo da presente diretiva, designadamente a apresentação por via eletrónica, sejam efetuados através de meios de comunicação eletrónicos”.

¹⁸¹ GONÇALVES, Pedro Costa. **La nueva contratación pública**. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, p. 23.

necessidade da contratação em bases solidificadas, de modo que haja o real combate à possíveis atos de corrupção, e tendo em conta o interesse público envolvido, como a implementação de um Programa de *Compliance* ou de um Programa Integridade (Administração Pública), poderá trazer para essa área a prevenção de atos de corrupção, subornos, desvios, fraudes, propinas, vantagens indevidas, facilitações para obtenção de acesso à bens, serviços qualquer outro objeto o qual não de teria direito a sua concessão, entre outros.

No sistema ou programa de *Compliance* estão presentes dois grandes princípios: a conformidade e a integridade, assim, está conforme se relaciona com a adequação as regras estabelecidas, mas, o Programa de Integridade tem traz outro sentido, vai além da conformidade¹⁸². Segundo o artigo 1º -A do CCP, a formação dos contratos públicos deve seguir os princípios gerais conforme a Constituição, Tratados da UE e CPTA, sendo que tais princípios se amoldam a normas aplicáveis, como as normas laborais sociais, ambientais, de direito internacional, entre outras. Nesse contexto, o CCP vem sendo significativamente alterado, para se adequar as regras comunitárias, por meio das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, cita-se dentre essas, uma diretiva que muito embora, não altere o CCP diretamente, correlaciona-se com o tema.

No âmbito do Regulamento Europeu¹⁸³, consta no artigo 101, a definição de contratos públicos e sua aplicabilidade observando que quando financiados, total ou parcialmente serão regidos por vários princípios¹⁸⁴, como: o princípio da transparência, da proporcionalidade, da igualdade de tratamento e da não discriminação, conforme os procedimentos do artigo 104º e limiares do artigo 118º e 119º do regulamento citado.

Para fins de observância quanto à aplicabilidade do instituto do *Compliance* e sua repercussão nos contratos públicos em Portugal, aborda-se aqui as fases do processo, pré-contratual e contratual, trazendo em síntese os princípios e seus procedimentos em tais fases.

Na fase interna ao se iniciar com a caracterização do objeto e especificações do que deseja contratar, imediatamente invoca-se o Princípio da Motivação, e aliado a isto, pergunta-se: como um programa de integridade poderia impactar no momento interno da contratação em que se observa a necessidade de motivação do ato administrativo? respondendo à questão, é possível entender que as ferramentas dos programas podem auxiliar na detecção de possíveis desvios de finalidades na origem da contratação, considerando, que este instrumento se destaca

¹⁸² CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. *Compliance e Boa Governança*, p. 55

¹⁸³ REGULAMENTO (UE, EURATOM) N.º 966/2012 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002. (JO L 298 de 26.10.2012, p. 1).

¹⁸⁴ Idem.

nos em alguns aspetos: gestão de processos, sistematização, cultura, crises, e monitoramento¹⁸⁵, de modo que esses aspetos irão impactar na formatação de um Programa.

Observa-se que o início do processo de contratação, nasce no acordo de vontades, e no caso dos contratos administrativos, a vontade da Administração pública deve levar em conta o interesse público envolvido. Observa-se que o princípio da Motivação dos atos da Administração pública e da formação dos contratos, tem como premissa o interesse público envolvido, assim qualquer desvio de poder¹⁸⁶ afeta diretamente a lisura da contratação, este em consonância com o Princípio do Interesse Público que tanto na fase pré-contratual e contratual, deve ser considerado.

Aqui pode se destacar que um programa de *Compliance* bem estruturado pode identificar (prevenção, deteção e reação) possíveis desvios com nexos entre o interesse público a ser atendido e a elaboração das peças pré-contratuais. Outros princípios seguem nessa linha, assim, o Princípio da Economicidade, Igualdade e Concorrência podem ser relacionados a etapa pré-contratual, quanto à definição do valor do futuro contrato, definição do preço base, sobre preço ou preço abaixo do normal, entre outros. Quanto ao aspeto da economicidade este intrinsecamente ligado a participação igualitária dos participantes nas diretrizes pré-contratuais e contratuais, assim como, as regras concorrenciais, dessa forma, conforme sejam descritas as especificações dos objetos contratuais, estes acabam por definir as bases de seus preços, correlacionados aos princípios inerentes à execução contratual (o princípio da boa-fé, da prossecução do interesse público, da legalidade, da execução pessoal, da colaboração recíproca e da proteção do cocontratante)¹⁸⁷.

Conforme Fernandes, afirma no direito português, as entidades adjudicantes não podem aceitar propostas cujo preço seja “suspeito”, sem que seja devidamente esclarecido pelo proponente, nem de forma oposta, excluir propostas de imediato, quando anormalmente baixas, em que sejam considerados válidos e satisfatórios, diferentemente do direito europeu que não exige a exclusão da proposta que representa risco na execução contratual.¹⁸⁸ Então, o que seria um preço anormalmente baixo? Para o CCP será aquele enquadrado no artigo 71º.I, como sendo o preço que se encontra abaixo dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante, e que se

¹⁸⁵ SANTANA, Paulo Ricardo. *Compliance nos Contratos Públicos*, p. 36

¹⁸⁶ VASCONCELOS, António. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul com o nº 11.089/14.CA 2º Juízo. 04.12.2014. (Processo nº 11089/14). (...) “IV - O vício de desvio de poder ocorre quando a Administração, no uso de poder discricionário conferido para a satisfação de um determinado interesse público, o utiliza para a satisfação de um interesse ou fim diferente daquele que a lei queria ver prosseguido”.

¹⁸⁷ SOUZA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. *Contratos Públicos*. Direito Administrativo Geral. Tomo III. p. 148.

¹⁸⁸ FERNANDES, Débora Melo. **O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento, e deveres da Entidade Adjudicante.** *Revista de Contratos Públicos*. Ed. CEDIPRE. Gonçalves, Pedro Costa -Diretor. nº 16.

referenciam aos preços obtidos no mercado, considerando, inclusive, os valores relativos as obrigações legais ambientais, sociais e laboral, e tendo como premissa cobrir os custos da contratação conforme preconiza o n.º 2 do artigo.

Deste modo, uma vez que se conheça os valores, e sejam esses exequíveis, e frente ao Princípio da Concorrência, presente na fase de seleção do contratado, se manifesta a escolha do procedimento de formação de contratos, previstos no art.º 38º do CCP, os quais se resumem em: a) Ajuste direto; b) Concurso público; c) Concurso limitado por prévia qualificação; d) Procedimento de negociação; e) Diálogo concorrencial.

O objetivo dos programas de *Compliance* neste aspeto é de controlar, monitorar, se já existente, ou prevenir, no âmbito público a formação de uma postura tendencialmente criminosa relacionada ao procedimento escolhido, esse procedimento envolve uma gestão de riscos, que permita identificar previamente as situações que possam desencadear riscos futuros.

De acordo com a OCDE, existem altos riscos e oportunidades nos contratos públicos, este representa: “13% do PIB nos países da OCDE e 1/3 das despesas gerais do governo, mas continua sendo bastante burocrático, ineficiente e altamente vulnerável à corrupção”, a qual recomenda que os países atendam a princípios e mecanismos que garantam a integridade e reduzam a corrupção¹⁸⁹. Nesta linha de raciocínio, uma vez que se pretende alcançar a proposta mais vantajosa (artigo 74º) invoca-se o Princípio da Transparência na divulgação do anúncio de pré-informação (art.34º) ou envio do Convite, bem como realização de procedimentos eletrônicos¹⁹⁰, estes estabelecidos na Portaria n.º 371/2017¹⁹¹ e as regras de envio para publicação no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia, bem como a Portaria 57/2018¹⁹² que regulamenta o funcionamento e a gestão do Portal dos Contratos Públicos (Portal Base), atendendo também as regras dispostas o do artigo Relatório da OCDE .

Paralelamente é importante correlacionar a Transparência, ainda como ferramenta de *Compliance* a implementação de um quadro de gestão de riscos e de integridade¹⁹³ no sentido

¹⁸⁹ OCDE- Políticas melhores para uma vida melhor. RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA OCDE SOBRE INTEGRIDADE PÚBLICA. (...) “Altos riscos e oportunidades. CONTRATO PÚBLICO. continua sendo uma fonte inexplorada de prosperidade econômica e social. Ele representa 13% do PIB nos países da OCDE e 1/3 das despesas gerais do governo, mas continua sendo bastante burocrático, ineficiente e altamente vulnerável à corrupção. A Recomendação da OCDE sobre Contratos Públicos descreve princípios e mecanismos para garantir a integridade e reduzir a corrupção nos contratos públicos (integridade, transparência, participação das partes interessadas, acessibilidade, compras eletrônicas, fiscalização e controle)”.

¹⁹⁰ Os procedimentos eletrônicos inseridos no CCP tem a finalidade de simplificar o processo na fase pré-contratual, de acordo com o diploma, a exemplo de informações eletrônicas ou sistemas eletrônicos, como o leilão eletrônico.

¹⁹¹ PORTARIA n.º 371/2017. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. n.º 239/2017, publicado em 2017-12-14

¹⁹² Portaria 57/2018. **Diário da República, Série I**. N.º 40/2018 Publicado em 2018-02-26. Regula o funcionamento e a gestão do portal dos contratos públicos, denominado «Portal BASE», e aprova os modelos de dados a transmitir.

¹⁹³ VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019, p. 12. (...) “A gestão de riscos é o conjunto de procedimentos por meio dos quais as

de proteger as organizações públicas. Deste modo, são requisitos a serem observados por meio dessa recomendação, como o: compromisso dos agentes com a integridade, com os valores do serviço público, permitindo aferir a não só a conformidade, mas, o desempenho e a eficiência, de uma organização.

Castro e Zillotto¹⁹⁴, afirmam que um Programa de *Compliance* traz “resumidamente, o desenvolvimento e criação de políticas, processos, procedimentos e treinamentos que direcionem a forma de agir dos gestores, colaboradores e partes interessadas”, sendo essas partes àquelas pessoas responsáveis por falar em nome da empresa ou com ela se relacionarem. Deste modo, traz nesse Programa, alguns requisitos para sua aplicação, como: o comprometimento da alta administração (tone at the top), o exemplo da alta administração, não ficando as diretrizes comportamentais apenas no discurso, ou seja, requer a implementação de uma cultura de *Compliance* na instituição. Para Pironti, “a credibilidade do programa de integridade está intrinsecamente vinculada ao exemplo prático de seus gestores”. Pois não adianta capacitação e treinamento, se a alta administração não se insere no processo, e não interage com as regras da entidade¹⁹⁵.

Não menos importante, é princípio da Igualdade, intrínseco as atividades procedimentais dos contratos públicos, (na seleção do futuro contratado) também invocado no tratamento das respostas as solicitações e esclarecimentos do certame e no momento contratual, quando não cabe tratamento diferenciado específico fora das regras contratuais pré-estabelecidas.

Nas sábias palavras¹⁹⁶ de Gonçalves, apud Veloso: “Quer isto dizer que todos os concorrentes deverão dispor das mesmas oportunidades na fase pré-contratual, encontrando-se submetidos às mesmas regras e condições”. No que diz respeito a um programa de integridade, é possível se correlacionar o princípio¹⁹⁷ diante da necessidade de estabelecer um sistema que

organizações identificam, analisam, avaliam, tratam e monitoram os riscos que podem afetar negativamente o alcance dos objetivos. A gestão de riscos é um instrumento que contribui para melhorar o desempenho por meio da identificação de oportunidades e a redução da probabilidade e/ou impacto dos riscos, além de apoiar os esforços de garantia da conformidade dos agentes aos princípios éticos e às normas legais”.

¹⁹⁴ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOTTO, Mirela Miró. ***Compliance nas Contratações Públicas: exigências e critérios normativos***, p. 125.

¹⁹⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. ***O Compliance nas empresas e a fixação da cultura de integridade pelo tone at the top***.

¹⁹⁶ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo. CARNEIRO, Davide Rua. ***A Relevância do Portal Base, à luz dos Princípios Fundamentais da Contratação Pública e do Procedimento de Formação dos Contratos Públicos em Portugal***. Dereito Vol.29, nº2:9-27 (Xullo-Dezembro, 2020) s

¹⁹⁷ VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. ***Governança, gestão de riscos e integridade***, p. 13. (...) “A integridade (compliance) é a estrutura que coordena as ações que asseguram a conformidade dos agentes aos princípios éticos, os procedimentos administrativos e as normas legais aplicáveis à organização. É um processo contínuo que envolve a identificação das exigências (éticas, administrativas e legais), a análise e mitigação dos riscos de não conformidade e a adoção das medidas preventivas e corretivas necessárias”.

proteja a organização, seja esta, pública ou privada de desvios no comportamento, com tratamento, além ou aquém do devido contratualmente, aliado ao princípio da Igualdade e da Concorrência, que se entrelaçam e se mostram claramente numa disputa contratual, em qualquer procedimento.

O CCP trouxe a preocupação com esses princípios, entre outros, quando do momento da publicidade por exemplo, dos fatores e subfactores que irão interferir na adjudicação, assim como, no momento dos procedimentos pré-contratuais, e na fase de avaliação das propostas, em especial, nas diligências que se fizerem necessárias. Estes princípios devem se subsumir nas diretrizes do Anúncio dos concursos públicos ou nos ajustes diretos, e nas especificações técnicas dos contratos e estão contemplados também nas Diretivas Europeias (no anexo vi da Diretiva no 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e no anexo xxi da Diretiva no 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março).

Na fase de seleção do futuro contratado, destaca-se o Princípio da Legalidade que se manifesta também na análise das documentações (propostas, candidaturas) que deverão se alinhar as diretrizes do caderno de encargos, estabelecendo uma diretriz a ser seguida pelos agentes, inclusive como premissa das entidades adjudicantes em relação à valoração e observância das regras estabelecidas no Anúncio e caderno de Encargos.

Entretanto, nem sempre esta diretriz é cumprida, podendo haver desvios no decorrer do processo, ferindo o princípio em tela, como se pode ver no exemplo da jurisprudência exarada no Acórdão de 2014-12-04 (Processo nº 11089/14) do TAS- Tribunal Administrativo do Sul, em que se verificou uma solicitação de alteração nas regras estabelecidas no caderno de encargos, regulamentador da contratação, situação essa irregular, visto que (...) “ II- A regra da estabilidade das propostas constitui um princípio inerente e estruturante do processo de contratação pública”, não podendo se alterar as peças de um procedimento concursal(artigo 50º do CCP), o que traria graves consequências para o processo, ferindo o interesse público envolvido. Situações como essas em que se pede a substituição nas especificações do caderno de encargos do procedimento, se torna possível, quando são plenamente justificáveis, o que nem sempre vai configurar uma afronta a legalidade. Porém, a alteração pura e simplesmente das regras sem justificativa técnica plausível, caracteriza uma irregularidade, que pode ter como fundamento, interesses particulares e direcionamento da contratação de forma indevida, como também, pode ser caracterizado por mero erro administrativo, conforme o caso. Se for caracterizado como “erro”, pode-se concluir por uma inconformidade, enquanto, se há intenção de burlar o processo, a situação se apresenta de forma mais complexa.

Mas, onde o *Compliance* pode trazer qualquer interface, nessas situações, visto que as entidades adjudicantes já dispõem de sistemas de controle, seja no nível interno, ou por meio dos Tribunais? Nesse sentido pode-se mais uma vez correlacionar os Programas de Integridade contemplando suas ferramentas, desde a implementação de uma matriz de riscos que possam identificar e prevenir quaisquer situações pré-contratuais, evitando-se assim, um contencioso nessa fase, além de prever possíveis situações de favorecimento por parte da Administração.

Respondendo de forma objetiva, a prevenção dos riscos se inicia muito antes da execução dos contratos, em especial, na própria formação dos preços, e nas exigências dispostas nas peças processuais, nos cadernos de encargos, que permitiram esclarecimentos, ajustes e retificações ao serem publicizados, nos termos do artigo 50º.

A área de Contratos Públicos traz um campo fértil para a identificação dos princípios, assim, observa-se a presença dos princípios dispostos acima, entre outros, como: Imparcialidade, Proibição da discriminação em razão da nacionalidade, Estabilidade Objetiva, sem esquecer dos princípios comunitários. Destaca-se no trabalho apresentado por Pedro Daniel S.N. Inês¹⁹⁸, a importância do princípio da Concorrência como sendo um “princípio- tronco da contratação pública”, isto porque, tal princípio permite maior competitividade em razão de que quanto maior o número de propostas contratuais melhores resultados serem alcançados (técnica e economicamente). Nesse panorama é possível inferir que uma vez limitada a participação dos concorrentes, sem que haja motivação para isso, se estaria diante de uma possível situação de fraude, irregularidades ou corrupção. Veja-se, no Acórdão de 2022-01-14 (Processo n.º 01685/20.7BEPRT)¹⁹⁹, por exemplo, que assinala irregularidades na descrição técnica do objeto, em que “a entidade adjudicante escolheu as especificações “ipsis verbis “das marcas que cita no caderno de encargos, sem que para tal se saiba porquê e sem fundamentação, como impõe a lei”.

Conforme o relato, sem que houvesse uma análise das especificações necessárias, se entendeu “copiar” as referências de determinado fabrico, limitando assim a competitividade e a concorrência. Destaca-se ainda a atenção especial ao Acórdão de 2015-07-02 (Processo n.º

¹⁹⁸ INÊS, Pedro Daniel S.N. **Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência**. Coimbra, setembro de 2018, p. 29

¹⁹⁹ LUÍS Migueis Garcia. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte com o n.º 01685/20.7BEPRT de 14 de janeiro de 2022. (...) Cfr. art.º 49º, do CCP: “8 - A menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos. 9 - As referências mencionadas no número anterior só são autorizadas, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos do n.º 7, devendo, no entanto, ser acompanhada da menção 'ou equivalente”.

00144/07.8BEVIS)²⁰⁰ em referência ao Princípio da Motivação. Na análise observa-se, que tal exigência traz a necessidade de fundamentar as razões de escolha e direcionamento dos atos administrativos, segundo assevera, é relevante demonstrar nos autos do processo o porquê da escolha em detrimento de outra.

2.1.1 A fase pré-contratual dos Contratos Públicos em Portugal.

Observa-se que a divisão dos contratos, contemplando uma fase pré-contratual²⁰¹, se encontra definida também no Código Civil Português²⁰². Deste modo a itemização sequencial abaixo, não pretende esgotar todos os procedimentos internos, mas, identificar os passos relevantes à prévia contratação, e, de certo modo, com o raciocínio processual, observar que existem etapas a serem seguidas, desde a fase pré-contratual até a contratual propriamente dita, conforme descrito abaixo.

O início da fase de contratação começa com a decisão de contratar, esta fundamentada²⁰³ nos termos do artigo 36º do CCP, esta conforme delegação de poderes (art.º 109º a 111º). Ora, parece óbvio que haja no processo uma decisão de contratar, entretanto, tal decisão não se resume a uma simples autorização, mas, implica em muitas variáveis, desde competência delimitadas, como o conhecimento por quem autoriza das questões de interesse público envolvido e da despesa inerente ao contrato a celebrar. Nesse aspeto todas as ações praticadas por quem não detinha poderes para autorizar são consequentemente nulas, se ferem

²⁰⁰ **TRIBUNAL Central Administrativo Norte**. Acórdão com o n.º 00144/07.8BEVIS. (...) “I- A exigência de fundamentação diz respeito ao modo de exteriorização formal do acto administrativo e não à validade substancial do respectivo conteúdo ou pressupostos” e, por isso, o que importa é o “esclarecimento das razões da decisão no sentido da sua determinabilidade, e não no sentido da sua indiscutibilidade substancial ou da sua «convincência»”. II — O que releva na fundamentação são, portanto, as razões porque se decidiu de uma determinada maneira e não de outra, de molde a permitir a compreensão do sentido da decisão, e já não a veracidade dos pressupostos de facto ou a correcção dos pressupostos de direito invocados, o que, nesse caso, já contende com eventuais erros nos pressupostos de facto e de direito, eventualmente determinantes de vício de violação de lei, que não o vício de falta de fundamentação.

²⁰¹ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo. CARNEIRO, Davide Rua. **A Relevância do Portal Base, à luz dos Princípios Fundamentais da Contratação Pública e do Procedimento de Formação dos Contratos Públicos em Portugal**, p. 9. (...) “A fase preparatória antecede a celebração ou outorga do contrato público, nela se incluindo todos os atos jurídicos que devem ser praticados, com vista a alcançar o resultado final almejado, isto é, a conclusão do contrato. Da fase preparatória (ou pré-contratual) fazem parte a fase da iniciativa e a fase da instrução”. *Dereito* Vol.29, nº2:9-27 (Xullo-Dezembro, 2020)

²⁰² CÓDIGO Civil. Decreto-Lei nº 47.344. **Diário do Governo, Série I. n.º 274/1966**. (...) “1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º

²⁰³ A exigência da decisão de contratar deve ser fundamentada e é de suma importância no procedimento da contratação na legislação portuguesa (art.36º do CCP), e essa também é invocada nos processos da legislação brasileira, sendo expressamente destacada no artigo 18, I da Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021 (Novo Estatuto).

o disposto no CCP. De modo que a decisão administrativa de contratar, – como exemplificado, no artigo 3º do programa do Concurso²⁰⁴-, pode em grande parte dos casos ser do mesmo órgão competente responsável por autorizar a despesa ou a quem designado²⁰⁵. Outrossim, a decisão pela contratação invoca outras autorizações como: a escolha do procedimento, critério de ponderação, agrupamento de entidades adjudicantes - neste caso, a decisão de contratar deverá ser adaptada conjuntamente por todos os órgãos competentes, decisão que envolve a qualificação dos candidatos, a produção de dois documentos importantes, que é o caderno de encargos e o programa de procedimentos (art.º 41º), entre outros.

Um ponto de destaque é a avaliação de várias circunstâncias que envolvem o valor do contrato e sua relação custo-benefício (art.36º)²⁰⁶, pois na fase pré-contratual, o preço faz parte do contrato, é o item que traz maior cuidado por parte da entidade adjudicante, assim, o artigo 47º define que deverá ser estabelecido um preço base, este considerado o “preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”. Entretanto o CCP estabelece uma regra para aceitação do preço a ser adjudicado, que deverá ser o mais baixo dos valores definido nos termos do artigo 47º, 1. A regra traz exceções a serem aplicadas na definição do preço base, assim, como situações a serem avaliadas quando se tratar de agrupamentos de entidades adjudicantes, destaca-se, entretanto, que o valor do contrato é fator de decisão para a escolha do procedimento, conforme disposto no artigo 18º.

Vale lembrar que o artigo 7º da Diretiva 2004/18/CE estabelece o valor a ser considerado no enquadramento do procedimento a ser realizado, os quais terão publicidade no JOE. A escolha do procedimento de formação de contratos (art.38º), traz variadas atividades a se realizarem para a formação dos contratos conforme o procedimento escolhido e conforme o objeto, que se submeterá à concorrência de mercado. Entretanto, destaca-se que no programa do procedimento escolhido, devem dispor as regras de critério de adjudicação (Artigo 132º, alínea, “n”), em que devem ser considerados os factores e subfactores, referente à execução do

²⁰⁴ INPI- Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Programa do Concurso. Concurso Público n.º 01/2023 para a celebração de contrato de uma bolsa de horas para os perfis adequados ao suporte das componentes de software dos sistemas de leitura, tratamento e transmissão de dados protocolado com o Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO). Ver (...) “Artigo 3.º (Órgão que tomou a decisão de contratar). A decisão de contratar foi tomada a 27 de abril de 2023 pelo Conselho Diretivo do INPI, I, p., sobre a informação n.º 113/DOG/2023, de 10.04.2023, ao abrigo do disposto no artigo 36.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, na sua versão atual (CCP) conjugado com os artigos 21.º, n.º 2, alínea b), da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, 17.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, artigo 1.º, n.º 1, artigo 4.º, alínea a), e artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 147/2012, de 12 de julho”.

²⁰⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. **Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral.** Tomo III, p. 102.

²⁰⁶ A avaliação do custo-benefício da futura contratação envolve variadas situações.

contrato a celebrar. Tais indicações serão dispostas no caderno de encargos, e seus correspondentes valores e coeficientes de ponderação.

No caso da adoção da proposta “economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas”, devem indicar nos modelos as informações que deixem claro aos candidatos a forma de avaliação de suas propostas, com base nesses factores. Depreende-se do disposto no CCP que o programa do procedimento, define: o procedimento e sua fundamentação legal; a entidade adjudicante e o órgão que decidiu pela contratação; o órgão que será responsável pelos esclarecimentos; os documentos a serem exigidos para fins de habilitação; os prazos necessários para a operacionalização da contratação para a apresentação dos documentos de habilitação e para supressão de possíveis irregularidades; os documentos que constituem a proposta e seus prazos; o critério de adjudicação que será a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante de mais baixo preço; a forma de prestação da caução e valor, se for o caso. No que diz respeito aos critérios de adjudicação previstos no artigo 74º, esses podem ser classificados conforme a proposta economicamente mais vantajosa, por meio de uma das seguintes modalidades: multifactor ou subfactor. Observa-se que a proposta economicamente mais vantajosa do mais baixo preço, só poderá ser utilizada (...) “quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele”. O Anúncio de pré-informação (art. 34º) e a instituição de procedimentos eletrónicos²⁰⁷, no que diz respeito ao anúncio (art.º. 131º) este é avaliado na fase interna para que seja a partir de sua publicação iniciada a fase externa do processo.

Em relação as regras da UE, estas estabelecem um patamar de valores que considera de “interesse fronteiriço”, assim, os “contratos de maior valor para o fornecimento de bens e serviços públicos deve ser justa, equitativa, transparente e não discriminatória”, de modo que foram estabelecidos limites, que estão em constante alteração²⁰⁸.

Outro ponto de destaque é a avaliação de possível agrupamento de entidades adjudicantes (art. 39º), a decisão de agrupar entidades adjudicantes se fundamenta em dois

²⁰⁷ Os procedimentos eletrónicos inseridos no CCP tem a finalidade de simplificar o processo na fase pré-contratual, de acordo com o diploma, a exemplo de informações eletrônicas ou sistemas eletrônicos, como o leilão electrónico.

²⁰⁸ DIRETIVA 2009/81/EC DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de julho de 2009 sobre a coordenação dos processos de adjudicação de determinadas empreitadas de obras, fornecimentos e serviços pelas entidades adjudicantes ou entidades nos domínios da defesa e segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**. (20.8.2009). L 216/76. (...) “Limiaries. Artigo 8. Valores limite para contratos. A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor, excluindo o imposto sobre o valor acrescentado (IVA), não seja inferior aos seguintes limiaries: (a) 431 000 EUR para contratos de fornecimento e prestação de serviços; (b) 382 000 EUR para empreitadas de obras.”

aspetos: (...) “a) Um contrato cuja execução seja do interesse de todas; b) Um acordo quadro de que todas possam beneficiar”, e destaca-se que o preço a ser considerado será aquele “de valor inferior ao mais baixo dos limites neles referidos, consoante o caso”. O artº 41º traz a elaboração do programa do procedimento (regras para realização até a contratação) este documento que objetiva preparar o contrato, e de acordo com a jurisprudência²⁰⁹ (...) “contém disposições vinculantes para a autoridade concursal, bem como para todos os interessados do processo concursal” seguido do Caderno de encargos (art.º. 42º) são de extrema importância. Este último se encarrega de estabelecer de forma pormenorizadas as regras pré-contratuais, todas as especificações técnicas, bem como, o prazo de execução contratual, estipulando o prazo de vigência, como, por exemplo, a fixação máxima de três anos, ou superior, com devida fundamentação. O item 2, do artigo 49º, define que as regras técnicas nacionais devem constar no Caderno de encargos, porém, sendo estas compatíveis com o direito comunitário, e obedecendo as regras de preferência, considerando as certificações e laudos técnicos art.49-A.

Ainda na fase interna, o CCP traz dispositivos importantes que se referem a avaliação de uma possível adjudicação por lote (art.22º). Este tipo de adjudicação consolida vários itens em um único contrato. Para definir o formato da proposta, o preço e demais regras o CCP (art.56º a 66º) define que o documento que contém a proposta “é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”, assim, esta deve se enquadrar nos ditames da Administração pelo caderno de encargos. Já caminhando para a fase de seleção do futuro contratado esta se manifesta pela análise da proposta (artigo 57º) do CPP, sendo esta constituída por vários documentos.

O CCP traz também, regras específicas para o procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas e regras diferenciadas para as propostas apresentadas por um agrupamento concorrente, entre outras diretrizes, como a possibilidade de propostas variantes. Quanto às exigências dos documentos de habilitação (art.º. 81º), o CCP traz os principais documentos a serem exigidos na formação dos contratos, esses se consolidam em declarações e documentos comprovativos. Assim, uma vez construído todo esse arcabouço jurídico, e publicado o Anúncio no Diário da República, e resumos publicados em Internet ou no JOE, conforme modelos definidos em Portaria nº 701-A/2008, de 29 de julho,

²⁰⁹ TRIBUNAL Central Administrativo Sul – TCAS. Proc. 05418/0. Secção: CA - 2.º Juízo. Data do Acórdão: 19/11/2009, Relator: Coelho da Cunha. Descritores: PROGRAMA DE CONCURSO. DISPOSIÇÕES VINCULANTES DO PROCESSO DO CONCURSO. DELIBERAÇÃO DE EXCLUSÃO DE UMA PROPOSTA. Sumário: I – Os Programas de Concurso contém disposições vinculantes para a autoridade concursal, bem como para todos os interessados do processo concursal II – O incumprimento de uma formalidade essencial prevista num Programa de Concurso determina, por via de regra, a exclusão do concorrente faltoso. III- A deliberação de exclusão corresponde ao exercício de um poder vinculando, a que o que o júri do concurso se não pode subtrair. IV- A apresentação de uma declaração meramente genérica de aceitação das peças concursais não se pode subtrair à apresentação de elementos expressamente solicitados nessas peças.

desta forma com a apresentação das candidaturas, se inicia a análise das candidaturas e das propostas e em alguns casos, os contratos se submetem previamente ao controle do Tribunal de Contas (art.454º-B).Pelo que se pode verificar, a legislação portuguesa, assim como a brasileira trazem os procedimentos de escolha do futuro contratado, seja por meio de procedimentos de disputas (licitação, no Brasil), procedimentos pré-contratuais (Portugal) ou por meio de contratação direta (no Brasil), e em Portugal no CCP, com a terminologia de “ajuste directo” (n.º 2 do artigo 112.º do CCP) por meio de convite de uma Entidade Adjudicante à uma entidade à sua escolha, em razão de valor ou critério material.

De modo que, nem todos os contratos serão realizados mediante ampla concorrência, na legislação portuguesa, que também traz a figura do Convite (quando direcionado diretamente a no mínimo 3 pessoas singulares ou coletivas), e também por meio de ajuste direto (indicando de forma direta a pessoa a ser contratada). Assim, a fase pré-contratual engloba a análise de possíveis consultas prévias (Convite) e ajustes diretos com possível agrupamento de pessoas singulares e coletivas (art.º. 115º a 127º) com procedimentos específicos. Todos os procedimentos alinhados nas fases interna e externa, assim como na fase contratual, envolvem riscos, e gerenciá-los, faz parte do processo ordinário das contratações, porém, o instrumento do *Compliance* traz uma conotação que vai além do gerenciamento dos riscos processuais envolvidos tem o condão de estabelecer respostas que permitam uma boa governança e a prevenção da corrupção.

O CCP, por si só já estabelece inúmeras regras pré-contratuais e contratuais que denotam a existência de controle dos atos inerentes à Administração Pública para a aquisição de vários tipos de objetos, submetidas à concorrência de mercado por meio dos seus procedimentos que lhe dão permitem conferir conformidade. Assim, nos termos do artigo 16º, 2, os procedimentos dispostos no inciso I, submetidas à concorrência de mercado, comportam as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza, quais sejam: a Empreitada de obras públicas; Concessão de obras públicas; Concessão de serviços públicos; Locação ou aquisição de bens móveis; Aquisição de serviços; e Sociedade.

Entretanto, como já mencionado, existem outros contratos administrativos os quais não se aplicam o CCP, de modo que para fins dessa análise do direito comparado, serão considerados de um lado, as contratações de bens, serviços e obras (legislação brasileira) e alguns tipos de contratos: a) empreitada de obras públicas; b) aquisição de bens móveis; c) aquisição de serviços (legislação portuguesa).Partindo para a análise do rito da contratação

concorrencial, observa-se que os procedimentos inerentes à etapa de adjudicação²¹⁰, em regra, se iniciam após a publicação do Anúncio do Concurso a ser realizado pelas Entidades Adjudicantes, entendendo-se tais entidades conforme definição do artigo 2.º, nºs 1 e 2, do CCP, estas sujeitas ao regime procedimental previsto na parte II do Código dos Contratos Públicos. Para efeito comparativo, o anúncio citado, equivale na legislação brasileira ao Aviso de publicação do edital de licitação, este dando início à fase externa do processo que se consolida com a abertura do certame. Deste modo, ao invocar os princípios, em especial, o da publicidade disposto no CCP, enxerga-se sua materialidade (Anúncio do Concurso) fazendo-se a conexão entre a teoria e a prática.

Portanto, preconiza o artigo 131.º do diploma português que será por meio do Anúncio que a entidade adjudicante publicará o concurso público, sendo o instrumento, o JOE, deste modo tal Anúncio, atendendo ao Princípio da Transparência, observará as diretrizes e regras dispostas na parte C do anexo v da Diretiva n.º 2014/24/EU²¹¹, e anexo V da Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, conforme o caso. Pois bem, sendo então, publicizados os anúncios referidos, na sequência dos procedimentos dispostos, no CCP, seguirá a análise das propostas de preços pela entidade adjudicante. E é neste momento que se encontra um ponto crítico a ser avaliado, que é a determinação da proposta “economicamente mais vantajosa”, ou seja, aquela que será avaliada a qualidade e preço ou mais do que um fator de avaliação. Na prática essa avaliação é revestida por formalidades (atos administrativos) que permitirão a correta escolha do futuro contratado, em respeito aos demais princípios (Igualdade e Julgamento objetivo).

Após a publicitação do Anúncio das peças dos procedimentos se inicia a fase de julgamento, a qual se consolida no funcionamento do Júri (art.67º a 69º), e se efetiva o Princípio da Concorrência e o julgamento das propostas. Destaca-se que os princípios da Concorrência e da Igualdade estão dispostos de forma expressa no ordenamento jurídico europeu e português, em especial no item 4 do artigo 1º do CCP, assim como, o princípio da transparência (desde a

²¹⁰ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo. CARNEIRO, Davide Rua. **A Relevância do Portal Base, à luz dos Princípios Fundamentais da Contratação Pública e do Procedimento de Formação dos Contratos Públicos em Portugal**, p. 11. (...) “ Por seu turno, e nos termos do n.º 1 do artigo 74.º do CCP português, a adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades: (i) melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar; (ii) avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, modalidade que só pode ser adotada quando as peças do procedimento definam todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar

²¹¹ DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. (Texto relevante para efeitos do EEE). **Jornal Oficial da União Europeia**. (28.03.2014). L/94/65.

publicidade dos Anúncios até a execução contratual. De modo que o novo Código ao possibilitar uma “maior exigência ao nível da qualificação dos candidatos”, seja por meio do concurso limitado e do procedimento de negociação, deve estabelecer requisitos que propiciem a ampla participação de forma isonômica.

De acordo com a legislação portuguesa, são dois formatos de qualificação, um mais simples e outro mais complexo, entretanto tanto um quanto o outro deve trazer de forma equânime condições de participação e julgamento, ainda que necessitem de uma avaliação pormenorizada e criteriosa das propostas. Em um primeiro momento, as análises das candidaturas, das propostas, das soluções e projetos, são determinantes na escolha para à tomada de decisão de contratar. Este ponto é crucial: a verificação da proposta e nas consequências de sua aceitação para a real execução contratual futura, de modo que o item 4 e alíneas do artigo 71º traz várias situações para análise que, poderão ser consideradas na exequibilidade e aceitação das propostas, como: economia do processo de construção (fabricação ou na prestação do serviço); adaptações em soluções técnicas; originalidade do objeto; cumprimento das obrigações decorrentes da legislação em matéria ambiental, social e laboral, referidas no n.º 2 do artigo 1.º-A, entre outros, destaca-se aqui um ponto sensível à aplicabilidade do *Compliance*.

Pois bem, na sequência dos procedimentos inerentes à fase externa, cabe ao Júri, proceder a Adjudicação (art.70º a 78º) ou revogação (art.80º) do processo, por meio de um relatório (art.124º) em que se encerra a fase externa, após, claro, a abertura de um momento para audiência prévia (oportunidade de contestação da decisão da entidade adjudicante pelos concorrentes) em que se analisou e se emitiu um relatório preliminar. De modo que o relatório final consolida todo entendimento. Desta forma, a regulamentação legal por si só já configura a necessidade de “conformidade”, mas, não traz consigo essencialmente a Integridade prevista no *Compliance*.

Observa-se que as regras estabelecidas originariamente no CCP acerca das exigências de qualificação oriundas das Diretivas n.º 2004/18/CE, e n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, citadas, abarcam tanto as diretrizes do direito comunitário quanto do direito europeu, enquanto não conflitarem, e devem ser obrigatoriamente dispostas no caderno de encargos. Assim, os critérios a serem considerados devem estar bastante esclarecidos, e indicados, conforme suas normalizações, e possíveis “restrições”, de ordem técnica, a exemplo, de desempenhos, critérios ambientais, ou outras normas, de modo que possibilitem referenciar processos equivalentes.

A vantagem da contratação, se efetiva mediante as negociações e audiência prévia (art.º. 118 a 123º), assim, existem procedimentos para a negociação ou de diálogo

concorrencial, este escolhido em situações bem específicas, decorrentes de limitações na definição/especificação do objeto por parte da Entidade Adjudicante ou na busca de soluções inovadoras, ou de complexidade jurídica ou financeira. Entretanto, a vantajosidade da contratação ocorre também, mediante a negociação em outros procedimentos, como na Consulta Prévia e nos concursos, neste último, compete ao júri notificar os concorrentes com antecedência (mínima de três dias) da data, da hora e do local da primeira sessão de negociações. Em que pese o tema mereça uma análise mais aprofundada acerca da exequibilidade das propostas de preços, no momento, detém-se na possibilidade legal de aceitação dessas propostas mediante uma análise das justificativas apresentadas pelo proponente.

O Diálogo Concorrencial segue a regra do Concurso público por prévia qualificação em regra geral, e ainda aos ditames do artigo 204º, observando três fases, a primeira fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, a segunda com a apresentação das soluções e a realização dos diálogos com os candidatos e por último a apresentação e análise das propostas e sua adjudicação. Durante a realização do procedimento, serão observados no Programa o valor da remuneração ou critério do seu cálculo que serão atribuídos aos admitidos no diálogo, com número não inferior a três. Observa-se ainda que o critério de adjudicação das propostas é considerado a mais vantajosa com base em uma das modalidades, multifactor ou monofactor, entende-se àquele critério formado por um conjunto de factores e subfactores, referente aos variados aspetos da futura execução do contrato, e o critério monofactor, correspondente a um único aspeto, qual seja, o preço.

2.1.2. Procedimentos para formação dos contratos públicos

As regras dos contratos públicos em Portugal estão previstas no CCP, que detém a natureza de contrato administrativo. Assim, este regime se aplica “à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas” descritas no CCP, nos termos dispostos no artigo 1º. As regras da UE indicam no artigo 34º a necessidade de um Anúncio de pré-informação, conforme preconiza o nº1 do artigo 48º da DC nº 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, contendo as informações dos contratos relativos aos doze meses seguintes, conforme as especificidades de cada objeto e de acordo com o valor. Esses pré-

anúncios não obrigam a futura contratação, sendo apenas norteadores, mas devem ser realistas, em atendimento ao princípio da competência, credibilidade e boa-fé.²¹²

Destaca-se aqui o tema trazido pelos artigos 40º, 41º da DC 2014/24/UE e artigo 58º da DC 2014/5/UE, que aborda o “planeamento da contratação”, mas, e que não foi absorvido pelo CCP²¹³, este constante do anteprojeto, e previa a publicação bienal de um programa aprovado de aquisições e locações de bens e serviços, bem como, de concessões de obras e serviços públicos atualizados anualmente, no portal (sítio) da entidade adjudicante ²¹⁴.

Em paralelo se observam as normas que regem o CPA²¹⁵ sendo esses contratos administrativos considerados aqueles que atendem a determinados critérios: (...) “como a existência das partes, o fim, o objeto, a natureza da regulação, o âmbito subjectivo da vinculação contratual, o âmbito subjectivo da eficácia, a regulação legal, execução e a relação que apresentam com outros contratos”. Observa-se que dentre as classificações dos contratos, pode se inferir os contratos, primários (Título II, Parte III do CCP) e secundários (art.º. 316º e 320º do CCP). Também, pode ser classificado os contratos unilaterais e sinalagmáticos (no sentido de serem esses bilaterais ou multilaterais) classificação que se refere apenas ao poder de modificação e não a quantidade de pessoas envolvidas²¹⁶.

Os princípios da Concorrência e da Igualdade estão dispostos de forma expressa no ordenamento jurídico europeu e português, em especial no item 4 do artigo 1º do CCP, assim como, presente o princípio da transparência (desde a publicidade dos Anúncios até a execução contratual. De modo que o novo Código ao possibilitar uma “maior exigência ao nível da qualificação dos candidatos”, seja por meio do concurso limitado e do procedimento de negociação, deve estabelecer requisitos que propiciem a ampla participação de forma isonômica. De acordo com a legislação portuguesa, são dois formatos de qualificação, um mais simples e outro mais complexo, entretanto tanto um quanto o outro deve trazer de forma equânime condições de participação e julgamento, ainda que necessitem de uma avaliação pormenorizada e criteriosa das propostas. No primeiro momento, a análise das candidaturas, das propostas, das soluções e projetos são determinantes na escolha para à tomada de decisão de contratar. Destaca-se que uma dificuldade se apresenta na delimitação das especificações

²¹² SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado**, p. 164.

²¹³ Idem, p. 169.

²¹⁴ No Brasil este Programa equivale ao PCA- Plano de Contratações Anual, disposto no Decreto nº 10.947/2022.

²¹⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III, p. 55.

²¹⁶ Idem, p. 59.

técnicas do objeto contratual, esta se relaciona com as especificações, pois é, por meios destas que se circunda o âmbito da participação das candidaturas²¹⁷.

As regras estabelecidas no CCP acerca das exigências de qualificação oriundas das Diretivas n.º 2004/18/CE, e n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, citadas, abarcam tanto as diretrizes do direito comunitário quanto do direito europeu, enquanto não conflitarem, e serão obrigatoriamente dispostas no caderno de encargos. Assim, os critérios a serem considerados devem estar bastante esclarecidos, e indicados, conforme suas normalizações, e possíveis “restrições”, de ordem técnica, a exemplo, de desempenhos, critérios ambientais, ou outras normas, de modo que possibilitem referenciar processos equivalentes.

Quanto à vantajosidade da contratação, esta se efetiva mediante as negociações e audiência prévia (art. 118 a 123º). A vantajosidade da contratação ocorre mediante a verificação do valor proposto no certame, e em linhas gerais são obtidas mediante as negociações, podem ocorrer em concursos, consulta prévia ou ajustes diretos.

Para a formação dos contratos, o CCP assevera no artigo 16º alguns procedimentos para aquelas aquisições submetidas à concorrência de mercado, assim, são esses: a) Ajuste direto; b) Consulta prévia; c) Concurso público; d) Concurso limitado por prévia qualificação; e) Procedimento de negociação; f) Diálogo concorrencial; g) Parceria para a inovação. De modo que existe procedimento específico para a negociação e de diálogo concorrencial, este escolhido em situações específicas²¹⁸, decorrentes de limitações na definição do objeto, ou soluções inovadoras, ou de complexidade jurídica ou financeira.

Entretanto, a vantajosidade da contratação ocorre mediante a negociação em outros procedimentos, como na Consulta prévia e nos concursos, neste último, compete ao júri notificar os concorrentes com antecedência (mínima de três dias) da data, da hora e do local da primeira sessão de negociações.

É importante ressaltar que os concorrentes devem designar pessoas para representar as concorrentes na negociação que terão tratamento isonômico para apresentar suas propostas, estas serão sigilosas e registrados em Ata. Durante o procedimento da análise dessas propostas,

²¹⁷ Código de Contratos Públicos- CCP. Decreto-Lei n.º 18/2008. **Diário da República, Série I.** Cf. Artigo 42.º Caderno de encargos 1 - O caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar.

²¹⁸ Idem. (...) Cf. Artigo 29.º Escolha do procedimento de negociação e do diálogo concorrencial 1 - A entidade adjudicante pode adotar o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial quando: a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis; b) Os bens ou serviços incluírem a conceção de soluções inovadoras; c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados; d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.

estas considerarão o disposto no artigo 71º em que as entidades adjudicantes podem definir previamente, parâmetros de valores a serem considerados na apresentação da proposta pelos concorrentes, de forma, que haverá uma pré definição do que pode ser aceito, tendo como base, preços médios obtidos em eventuais consultas preliminares ao mercado. E mesmo diante da ausência de tal informação prévia, é possível que o júri descarte uma proposta com valores anormalmente baixos, tendo como fundamento o cumprimento dos custos básicos das obrigações legais (ambiental, social e laboral). Em que pese o tema mereça uma análise mais aprofundada acerca da exequibilidade das propostas de preços, no momento, detém-se na possibilidade legal de aceitação dessas propostas mediante uma análise das justificativas apresentadas pelo proponente.

Este ponto é crucial na verificação da proposta e nas consequências de sua aceitação para a real execução contratual futura, de modo que o item 4 e alíneas do artigo 71º traz várias situações para análise que, poderão ser consideradas na exequibilidade e aceitação das propostas, como: economia do processo de construção (fabricação ou na prestação do serviço); adaptações em soluções técnicas; originalidade do objeto; cumprimento das obrigações decorrentes da legislação em matéria ambiental, social e laboral, referidas no n.º 2 do artigo 1.º-A, entre outros. Destaca-se aqui um ponto sensível à aplicabilidade do *Compliance*.

Outras questões importantes são abordadas pelo júri no momento da análise, além das questões referentes aos valores, situações que necessitem de ajustes quanto à apresentação dos documentos pelos participantes do certame, tem regra bastante inovadora que é a possibilidade de os proponentes (candidatos e concorrentes) apresentarem complemento das informações faltantes (no prazo máximo de cinco dias) para suprir exigências, porém, tais informações pode modificar o conteúdo já apresentado. Aqui faz-se importante destacar mais uma vez, o princípio da igualdade ou isonomia entre os candidatos. Algumas questões possíveis de ajustes posteriores no procedimento, como por exemplo, a não apresentação de forma correta de documentos no momento do certame, sendo estes ajustes, limitados a comprovação de “factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta”; estas situações, possibilitam a não exclusão do candidato, se comprovada a pré-existência de tais documentos comprobatórios.

Para possibilitar uma efetiva segurança na execução do futuro contrato, em que pese não ser exigível a caução (art.88º a 91º) em todos os contratos, se exigível essa obrigação de apresentação ocorrerá na fase anterior (pré-contratual) para sua efetiva apresentação no momento anterior à contratação. Ressalta-se aqui que, dependendo do valor do contrato, por exemplo, sendo este inferior a (euro) 500 000, não haverá esta obrigação de apresentação de caução, entre outras situações previstas no CCP. Para esses casos em que não seja obrigatória,

é possível a retenção dos pagamentos (no percentual de até 10 %). De outro modo é possível a apresentação de seguro em substituição a caução para a execução do contrato a celebrar.

Na sequência dos procedimentos inerentes à fase externa, cabe ao Júri, proceder a Adjudicação (art.70º a 78º) ou revogação (art.80º) do processo. Neste momento, haverá a elaboração de um relatório (art.124º) em que se encerra a fase externa, após, claro, a abertura de um momento para audiência prévia (oportunidade de contestação da decisão da entidade adjudicante pelos concorrentes) em que se analisou e se emitiu um relatório preliminar. De modo que o relatório final consolida todo entendimento. Abrindo-se uma segunda possibilidade de nova audiência prévia se a decisão do júri alterar a ordenação das propostas anteriormente disposta no relatório preliminar. Assim, e as decisões tomadas de forma definitiva seguem no relatório final. Após tais considerações observa-se que os procedimentos estabelecidos padronizam a atuação do Estado para a utilização dos recursos públicos já tão escassos. Desta forma, a regulamentação legal por si só já configura a necessidade de “conformidade”, mas, não traz consigo essencialmente a Integridade prevista no *Compliance*.

Considerando o disposto nas fases processuais, ainda que o CCP não traga de forma expressa a divisão estabelecida na linha do tempo citada²¹⁹, é possível compreender, por uma questão de lógica de cronograma de projetos que a escolha do procedimento (no Brasil, denominado de modalidade de licitação), se encontra na fase interna ou preparatória do processo, para elaboração de tais documentos. Assim, a decisão da escolha do procedimento passa por análise de várias circunstâncias que resultarão no procedimento a ser utilizado.

Deste modo, ao se decidir por exemplo, pelo “ajuste directo”, não se estará apenas decidindo o “modus operandis” da seleção do futuro contratado, mais do que isso, se estar optando por um caminho no qual se mostra ser o mais aplicável ao caso concreto, conforme se verá adiante. No direito português (CCP) a escolha do procedimento (ajuste direto, de consulta prévia, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação) se dá com base no valor do futuro contrato (art. 18º) considerando a natureza jurídica do objeto. Entretanto, delimitando-se a escolha do procedimento decorrente de critérios materiais, tem-se que a escolha seguirá o rol disposto no capítulo III, artigo 23º e 24º.

No caso do Ajuste directo este pode ser utilizado para quaisquer tipos de contratos (art.24º), ressalvados os casos previstos expressamente (objeto e valor) no CCP. Será aplicado, conforme a legislação preconiza, em razão do objeto e circunstância, também se aplica às

²¹⁹ FURTADO, Madeline Rocha et al. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática**, p. 158. (...) “O processo licitatório compreende duas fases distintas: a fase interna (planejamento) ou preparatória e a fase externa. Na prática, costuma-se dividir as fases do processo numa linha denominada “linha do tempo do processo,” a fim de que o interlocutor obtenha uma melhor visualização da sistemática do processo de aquisição.”

situações circunstanciais, como, as contratações decorrentes por razões de emergência²²⁰ serviços de telecomunicações; objetos que só possam ser confiadas a determinada entidade, neste caso, CCP estabelece três possíveis situações possíveis do ajuste direto: uma para objetos (criação ou aquisição) de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico; objetos em que não possibilitem concorrência em razão de suas especificidades técnicas e objetos nos quais existam direitos exclusivos. O CCP traz algumas vedações específicas para celebração do ajuste direto, a exemplo do serviço de elaboração de um “plano, de um projeto ou de uma qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados”. No que diz respeito ao ajuste direto previsto no artigo 24.º, I, c (imperiosa urgência), destaca-se aqui o disposto na análise realizada pelo Tribunal de Contas em Lisboa, a qual corrobora com o entendimento de que a decisão para contratar diretamente o terceiro, a entidade adjudicante deve se limitar ao estritamente necessário à realização do objeto com vistas ao atendimento da necessidade, sendo condição “*sine qua non*” para sua realização, o caráter de urgência ²²¹, pois como já mencionado, o ajuste direto nessa situação, configura decisão excecional, sendo este é o entendimento exarado no acórdão. Este tipo de contratação enseja a avaliação de riscos, e, programas de integridade.

Para o procedimento de concurso público, são vários os artefatos (peças) produzidos para sua implementação, desde o caderno de encargos²²², o qual, pode-se entender de forma sucinta, como um instrumento que contém as futuras regras de contratação, tem como finalidade fixar as especificações técnicas do objeto contratual, além de estabelecer outros pontos como, preço prazo, possíveis situações de modificações contratuais, prazos de execução, diretrizes de natureza social, ambiental, entre outras. O procedimento em tela tem sua publicidade por meio de anúncio no Diário da República, podendo ser resumidamente disposto nas plataforma eletrónicas da Entidade Adjudicante e no Jornal Oficial da União Europeia (art. 130º e 131º do CCP) e segue as regras dispostas no Programa do Concurso, entre outras, os documentos necessários à participação denominados de documentos de habilitação (art. 81º). Dois tópicos se destacam nesse artigo, a possibilidade do Programa indicar a inexequibilidade

²²⁰ Código de Contratos Públicos- CCP. Decreto-Lei n.º 18/2008. **Diário da República, Série I**. Cfr. art.º 24º, do CCP: «c) “Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;”

²²¹ LOPES, José Mouraz. Relat. – **Acórdão do Tribunal de Contas**. Processos n.º 3029, 3030 e 3031/2017, de 31 de outubro de 2017.

²²² Código de Contratos Públicos- CCP. Decreto-Lei n.º 18/2008. **Diário da República, Série I**. Ver Artigo 42.º. Caderno de encargos.

de um preço (item 2) e impossibilidade de restrição da Concorrência por meio de exigências específicas (item 3).

Para o Concurso limitado por prévia qualificação, este será por meio de Anúncio publicado no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia. O Concurso limitado é composto por duas fases procedimentais, conforme artigo 163º: sendo a primeira fase, com a apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; e na segunda fase, apresentação e análise das propostas e adjudicação. O concurso limitado por prévia qualificação segue as regras do Concurso público na pré-qualificação insere requisitos mínimos que vão desde a capacidade técnica e financeira, a serem demonstradas nos termos do artigo 165º do CCP. As exigências relativas às capacidades vão desde as características do candidato como, experiências curriculares, recursos humanos, tecnológicos, capacidade organizacional e financeira (capacidade de cumprimento do contrato), etc, observando que o artigo 168º dispõe sobre a documentação necessária à qualificação da candidatura. Aqui também se identifica área de risco nas futuras contratações. No Procedimento de negociação assim como o diálogo concorrencial está previsto no artigo 29º do CCP, e serão utilizados em situações específicas, como por exemplo: a impossibilidade adaptação de soluções disponíveis no mercado, ou dificuldades referentes à complexidade técnica jurídica ou financeira, ou ainda quando existe dificuldade na definição técnica do objeto, entre outras. Entretanto, nos demais procedimentos concorrenciais também existe uma fase de negociação, esta referente à negociação das propostas apresentadas nos termos do artigo 149º, nos casos da formação dos contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços, independentemente do valor do contrato a celebrar; de empreitadas de obras públicas; contratos de locação ou aquisição de bens e serviços (conforme valor).

Por fim, o Diálogo Concorrencial segue a regra do Concurso público por prévia qualificação em regra geral, e ainda aos ditames do artigo 204º, observando três fases, a primeira fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, a segunda com a apresentação das soluções e a realização dos diálogos com os candidatos e por último a apresentação e análise das propostas e sua adjudicação. Durante a realização do procedimento, serão observados no Programa o valor da remuneração ou critério do seu cálculo que serão atribuídos aos admitidos no diálogo, com número não inferior a três. Observa-se ainda que o critério de adjudicação das propostas é considerado a mais vantajosa com base em uma das modalidades, multifactor ou monofactor²²³.

²²³ DECRETO-Lei 18/2008. **Código de Contratos Públicos-CCP**. Ver Artigo 74.º. (...) “1- A adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinada através de uma das seguintes modalidades: a) Multifator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a celebrar; b) Monofator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um fator correspondente a um único aspeto da execução do contrato a celebrar, designadamente o preço.”

2.2 As regras dos contratos públicos em Portugal

O CCP estabeleceu no artigo 96º os requisitos obrigatórios no texto, que encerram a identificação das partes e representantes, considerando para cada contato seu título e as regras que o compõem. Contempla ainda os atos preparatórios, a adjudicação, a especificação do objeto, o preço, prazos, e demais atos necessários, conforme cada tipo, observando a forma definida no CCP. Cabe designar um gestor a ser indicado nos termos do artigo 290.º-A.

2.2.1. Tipos de Contratos e as vedações do artigo 55º do CCP

Os contratos públicos abarcam vários tipos de contratos, e como é sabido, em especial os contratos administrativos considerados estes, os de empreitadas de obras públicas, concessão de serviços públicos, concessão de exploração de bens de domínio público, locação de bens móveis e aquisição de serviços. O artigo 55º do CCP revela algumas vedações acerca da participação de candidatos ou agrupamentos nos contratos públicos. Assim, em linhas gerais, foram estabelecidas situações proibitivas ou impeditivas, como: insolvência (com sentença judicial), dissoluções em geral, salvo quando se encontrem amparadas por planos de recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial. O CPP traz ainda situações de vedação a participação de empresas que tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado em crimes lá previstos, bem como tenham sido apenadas por sanções administrativas em que haja falta grave profissional, por motivos de ausência de regularização nas contribuições relativas à segurança social e impostos devidos, em, Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou no qual se situe o seu estabelecimento principal).

Destaca-se no rol do artigo 55 º aqui citado, a vedação à participação de empresas que tenham sofrido sanções, a exemplo da proibição de participação em procedimentos de contratação pública previstos em legislação especial (como regimes contraordenacionais em matéria laboral, de concorrência e igualdade e não discriminação, bem como da sanção prevista no artigo 460.º). Em relação as questões de contratações que envolvam mão de obra, o CPP prevê vedação a esses participantes que tenham sido sancionadas por descumprimento a essas regras, além de vedações específicas por condenação em crimes específicos com sentença transitada em julgado, entre outros, como por exemplo, a vedação a participação de candidaturas as quais empresas tenham participação em organização criminosa, e nos crimes de: Corrupção; Fraude; Branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo; Infrações terroristas ou

infrações relacionadas com um grupo terrorista; Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos.

As vedações são diversas, mas, é importante citar ainda as situações em que se verifiquem a participação de candidatos em atos como (assessoria ou apoio técnico) que possibilitem qualquer vantagem indevida ou possam falsear as condições normais de concorrência, e de outro modo possam ter influenciado nas decisões de contratar, como também pela obtenção de informações privilegiadas, tenha prestados informações errôneas que possam interferir nas decisões do procedimento de contratação, como a exclusão de documentos ou de propostas, alterações na qualificação das informações dos documentos apresentados e até mesmo na alteração da adjudicação. Percebe-se o imenso rol de situações que uma vez constadas e comprovadas, impedirão a participação nos contratos, entretanto, na prática, muitas vezes pode ocorrer obstáculos que dificultam identificar tais situações de pronto. Exemplifica-se no CCP uma vertente de vedação a participação de candidaturas (impedidos de contratar no artigo 55º) inclusive daquelas que estejam “abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão”, nos termos do nº.1, alínea “k”.

Outro ponto trazido pelo CCP é a vedação prevista no nº.1, alínea “l” quando haja ocorrido inexecução parcial ou total, ou seja, “deficiências significativas ou persistentes na execução” de contrato anterior. Observa-se que o CCP aduz a um prazo para que seja considerada a situação prevista de vedação, o prazo a ser considerado serão aqueles contratos em que haja a ocorrência nos últimos três anos e ele tenha sido extinto por esse motivo. Outrossim, o cerne da questão aqui disposta importa vedar a contratação dessas pessoas que tenham sido enquadradas nessa situação, entretanto, tais situações ocorrem durante a execução contratual, em especial àqueles contratos de colaboração²²⁴ e de atribuição com natureza subordinada²²⁵. Nesse contexto é importante relacionar os princípios fundamentais na execução contratual²²⁶, como: Boa-fé, Interesse público, Legalidade (art.º. 286º do CPP), além dos princípios da execução do contrato administrativo, como: execução pessoal, colaboração recíproca e proteção do cocontratante.

²²⁴ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português**, p. 122. De acordo com Sérvulo Correia, os “contratos de colaboração são aqueles em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho das atribuições administrativas, mediante remuneração” num contexto em que “a prestação fundamental é a do cocontratante da pessoa coletiva primariamente incumbida das atribuições cujo desempenho efetivo se trata de assegurar”.

²²⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III, p. 55.

²²⁶ Idem, p. 147.

2.2.2. A concessão e a empreitada de obras públicas

Conforme preconiza o artigo 6º a formação dos contratos a serem celebrados pelas entidades adjudicantes do artigo 1 e 2º só se aplicam aos objetos previstos no artigo 19º do CCP, como os contratos de concessão e de empreitada de obras públicas, conforme preconiza o artigo 31º, esses contratos são efetivados mediante o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação. Os contratos de concessão da empreitada de obras públicas e dos serviços públicos são definidos no artigo 44º e exigem cadernos de encargos específicos que se consolidam com demais normativos, a exemplo, do “código de exploração”, documento este que define os direitos e as obrigações das partes relativas à exploração, em geral exploração de bens de domínio público.

Destaca-se aqui aos contratos de empreitada de obras públicas, que teve significativa alteração no texto do CCP, as quais se destacam as referentes ao poder do fiscal da obra, regras de garantias, a previsão de um observatório de obras públicas, a redefinição do regime da responsabilidade por erros e omissões, incluindo o empreiteiro na responsabilidade contratual ou pré-contratual (elaborar o programa ou o projeto de execução), limitações acrescidas em matéria de subempreitadas; reformulação no regime de garantia da obra, previsão de um relatório final da obra; maior clarificação do regime de extinção do contrato pelo dono da obra e pelo empreiteiro, entre outras.

2.2.3. A concessão de serviços públicos

Uma vez entendido que o CCP trouxe um modelo dualista de 2004 (uma diretiva para os contratos públicos do setor público clássico e outra para os contratos públicos dos designados setores especiais) como bem alertou Gonçalves, Pedro Costa²²⁷, entretanto, agora modificado como afirma, por um “terceiro pilar”, tendo em conta a “adjudicação de contratos de concessão” (concessão de obras e concessão de serviços), sendo inaugurado pelo direito legislado da UE com a regulamentação das concessões de serviços.

As novas regras trazem as “concessões relativas à prestação e à gestão de serviços públicos ou serviços sob a responsabilidade originária de uma autoridade adjudicante ou de uma entidade adjudicante”.

É importante ressaltar que a concessão de serviços públicos se encontra no artigo 407º, que define as regras e obrigações do cocontratante, durante um determinado período e sua

²²⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. *La nueva contratación pública*. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, p. 23.

remuneração, em que se distingue²²⁸, os contratos de concessão e contratos públicos, sendo os contratos públicos, àqueles tem por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços. Os contratos de Concessão de obras públicas, o contratado se obriga a conceção (formulação do projeto) e a execução das obras públicas, ou seja, segundo Caetano, Marcello apud Silva²²⁹: (...) “quando uma pessoa colectiva jurídica de direito público transfere para outra pessoa o poder de construir por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais destinada ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público, as quais ficarão na posse no concessionário durante certo número de anos para que este cobre dos utentes as taxas que forem fixadas.”

Observa-se que os prazos desses tipos de contratos são diferenciados, conforme artigo 410º para que sejam amortizados os investimentos do concessionário. O CCP trata o tema em diversos artigos.

2.2.4. A locação ou aquisição de bens móveis

Os contratos de locação ou aquisição de bens móveis, são considerados contratos administrativos, estão dispostos no artigo 431º, sendo este “o contrato pelo qual um locador se obriga a proporcionar a um contraente público o gozo temporário de bens móveis, mediante retribuição”. As partes contratuais se denominam locador e locatário, e compreendem: o aluguer; a locação financeira (leasing), e outras formas que não envolvem a compra do objeto. O contrato administrativo de locação de bens está disposto no artigo 431º a 436º. reforça-se que este contrato administrativo traz normas imperativas relativas ao regime do Código Civil português, a exemplo da possibilidade da “indenização por mora do contraente público nos pagamentos”; da “cedência do gozo e sublocação do bem locado” bem como, da possibilidade de “resolução pelo contraente público” do contrato, além de outras regras. No caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, deverá ser considerado como valor estimado do preço contratual os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes. E observando que esse preço seja igual ou superior ao valor referido (na alínea a) ou b) do nº 1 do artigo 35º da Diretiva nº 2004/18/CE) terá Anúncio no JOE. Para fins de prazo contratual, observa-se o artigo 48º que assevera que um prazo de vigência do contrato a celebrar superior a três anos deve ser fundamentada.

²²⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. *La nueva contratación pública*. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, p. 23.

²²⁹ SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado*, p. 1108.

Para uma disputa que permita maior concorrência entre os participantes, o CCP estabelece o leilão eletrônico para os casos de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, este tem a finalidade de estimular a concorrência, com a melhoria das propostas formuladas pelos concorrentes, mediante a fixação de parâmetros pré-estabelecidos pelo caderno de encargos, conforme de forma quantitativa, sendo a avaliação por meio de uma expressão matemática. Contém ainda o CCP, os sistemas de aquisição dinâmicos, disposto no artigo 237, que é um sistema de aquisição sistema totalmente eletrônico para aquisição de bens e serviços de uso corrente, considerados, tais bens, os que contém especificações técnicas totalmente padronizadas.

2.2.5. A aquisição de serviços e sociedade

A aquisição de serviços, do mesmo modo que a aquisição de bens móveis, são contratos administrativos, e de acordo com o artigo 20º, a escolha do procedimento de formação de contratos para aquisição de serviços pode ser por ajuste direto para contratos de valor inferior a R\$ 75 000, seguindo as regras do artigo 27º, e por qualquer valor, por concurso limitado por prévia qualificação, com as devidas exceções previstas no item 2. A aquisição de serviços também pode adaptar-se ao procedimento de negociação (art.29º). Ressalta -se a possibilidade de contratos mistos, quando não for possível tecnicamente a segmentação das atividades, assim, poderá ser contratada de forma simultânea a empreitada de obras públicas, de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

2.2.6 Os contratos, a formação do preço e os documentos de habilitação

O CCP trouxe um destaque ao tema, como preço base, sendo este o preço máximo a ser pago pela entidade adjudicante. Observa-se que para chegar a este patamar ou limite, se faz necessário um estudo do preço no mercado. O artigo 47º estabelece as regras para a definição do preço base, sendo o preço a ser considerado aquele que se encontre mais baixo do valor fixado no caderno de encargos (parâmetro base do preço contratual) e o valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, conforme o caso (artigos 19º a 21ºc), em regra. Em linhas gerais, a composição do preço base provém de algumas diretrizes, seja originado no caderno de encargos, ou em razão do valor máximo pela escolha do procedimento, ou ainda em razão da autorização da despesa, considerando o mais baixo. A intricada conceção da definição do preço base tem início na estimativa contratual, para os contratos de locação, aquisição de bens móveis ou na aquisição de serviços, considerando o

prazo de execução a celebrar de 12 meses, com valores atualizados pelo regulamento delegado da Comissão UE 2021/1950. Este tema é área sensível ao *Compliance*, especialmente, quando o preço se relaciona com outro tema, que é o “preço anormalmente baixo”, e se vê presente o conflito de interesses, em que o direito quer proteger.

Segundo Gonçalves, apud Fernandes: “o direito da adjudicação cumpre objetivos centrais que na tutela dos valores do mercado (defesa da concorrência, igualdade de chances), quer na tutela do interesse público e de valores da transparência e da imparcialidade”²³⁰. O tema se fundamenta no procedimento bifásico, isto é, a análise divide-se em duas fases, sendo a primeira perfunctória (o porquê de ser anormalmente baixo), juízo preliminar, e numa segunda etapa a análise mais aprofundada a fim de se cientificar se é uma proposta efetivamente baixa ou altamente competitiva²³¹. Destaca-se que a revisão do CCP desvinculou os limiares do preço anormalmente baixo do conceito de preço base antes disposto no artigo 71º, 1, de modo que agora a análise tem outra direção, qual seja, via regulamentar, em que a entidade adjudicante poderá fixar o patamar mínimo, e considerar o que poderá ser “suspeito”, porém, oportunizando ao operador económico a sua justificação, nos termos do artigo 71º, nº 3 do CPP, estas regras estão em consonância com as diretivas europeias as quais não definem preço anormalmente baixos, sendo matéria de livre “apreciação das entidades adjudicantes”, que se limitam a escolha de excluir ou não excluir a proposta²³². Observa-se que o tema no direito português (preço anormalmente baixo) equivale no Brasil (preço inexecutável, previsto no artigo 59, IV da Lei 14.133/2021), entretanto conforme afirma Fernandes, Débora Melo, o tratamento no direito português é diferenciado da UE, pois em Portugal as entidades adjudicantes não se obrigam a excluir a proposta em razão de possível incumprimento contratual²³³. Assim, tendo em conta a revisão do CCP, permanece a livre apreciação pelas entidades adjudicantes. Tema controverso na UE, porém, caminhando para o entendimento doutrinário pela abertura de subprocedimento de verificação da proposta²³⁴.

2.2.7. Execução contratual e as alterações posteriores

²³⁰ FERNANDES, Melo Débora. **O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante**, p. 94.

²³¹ Idem 104.

²³² FERNANDES, Melo Débora. **O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante**. p. 108

²³³ Idem, p. 120.

²³⁴ FERNANDES, Melo Débora. **O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante**. p. 13.

É possível compreender que as nuances que interferem na formação contratual são inúmeras, complexas, labiríntica e se torna de difícil compreensão pelas alterações sistemáticas das diretivas da UE que impactaram o CCP, e ainda impactarão, dadas as permanentes mudanças na sociedade. Assim, considerando as fases pré-contratual, o momento da análise das candidaturas e propostas, a execução contratual propriamente dita, considerando todas os princípios concorrenciais e de transparência citados, além da enigmática formação dos preços, é necessário um sistema de controle que permita acompanhar todas as constantes alterações de forma clara e objetiva. É um emaranhado de normas que se entrelaçam, dispositivos legais sendo postos à prova a todo o instante, ora em razão do direito interno (Portugal), ora em razão das diretivas da UE. No que diz respeito a execução dos contratos administrativos, estes se executam de formas diferenciadas e àqueles de natureza continuada e natureza subordinada, são os que apresentam maiores dificuldades em sua execução, que segue a coerência funcional, teleológica e sistemática dos atos administrativos²³⁵. Chama-se a atenção para os critérios objetivos e subjetivos base negocial²³⁶, sendo a base subjetiva à representação pelas partes, no encerramento do contrato, no que diz respeito da motivação, enquanto que na base objetiva, refere-se às circunstâncias. Para Souza e Matos, que classificam modificação contratual como: a modificação subjetiva referente às partes, e objetiva, àquela referente ao objeto e conteúdo contratual²³⁷. Exemplifica-se a cessão da posição contratual (art.º. 316º do CCP) como uma modificação subjetiva vista que se refere especialmente à direitos e obrigações das partes, e a sucessão de pessoas coletivas, entre outras, assim também, pode ser exemplificada o fato do príncipe como modificação objetiva (em que está sendo discutido a alteração das circunstâncias. O tema é de suma importância também no Direito Civil, sendo essa: a modificação do condicionalismo que rodeie a celebração dos contratos²³⁸.

Os contratos e suas modificações, no artigo 286º, traz princípios fundamentais na sua execução, como o princípio da boa-fé e do Interesse público. Entretanto, para que seja executado fielmente nos termos pré-contratuais estabelecidos, se faz necessário cumprir os ditames legais. O artigo seguinte traz as regras de eficácia contratual, que admitem retroatividade de forma excepcional, em situações plenamente justificáveis. Observa-se que as circunstâncias que tragam efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de

²³⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III, p. 147.

²³⁶ CORDEIRO, Menezes António. **Das Alterações das Circunstâncias. A Concretização do art. 437º do Código Civil à Luz da jurisprudência posterior a 1974**, p. 28.

²³⁷ Idem, p. 69.

²³⁸ CORDEIRO, Menezes António. **Das Alterações das Circunstâncias. A Concretização do art. 437º do Código Civil à Luz da jurisprudência posterior a 1974**, p. 28. Lisboa, 1977.

terceiros são possíveis, desde que haja consentimento dos titulares dos direitos ou obrigações visadas e cumprindo-se as regras de publicidade devidas.

O CCP traz um capítulo específico (Capítulo V) com as possíveis modificações objetivas do contrato, sendo essas dispostas no artigo 311º, em que pode ser modificado um contrato por acordo entre as partes, ou por acto administrativo do contraente público por razões de interesse público. Ressalta-se que a modificação unilateral prescinde da necessidade de acordo por parte do cocontratante, sempre que está em voga o interesse público, após a sua celebração, esta diretriz está disposta na alínea “a” do art.º. citado: (...) “a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”, observa-se na diretriz duas situações chaves para a alteração, quais sejam: a alteração anormal e imprevisível. No caso da alínea “b”, por decisão judicial.

As alterações contratuais precisam respeitar três limites: núcleo essencial do contrato, concorrência e equilíbrio financeiro²³⁹, observando que o núcleo essencial se relaciona com a matéria, as prestações principais, a concorrência quanto às regras estabelecidas na fase pré-contratual e o equilíbrio financeiro refere-se à sua manutenção, pois havendo perda, deverá ser reequilibrado. O tema equilíbrio financeiro no CCP, é trazido no artigo 282º, em que se evidencia reposição (restauração financeira) com base nos casos previstos em lei ou de outro modo previsto no próprio contrato. As bases do reequilíbrio estão no artigo 314º, I e II, assim o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro nas seguintes situações, em suma: alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, essas decorrentes de decisão do contraente público que tenham sido tomadas sem previsão contratual, e que tragam, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante; ou b) Razões de interesse público”, em suma. Em relação as alterações anormais das circunstâncias, nos contratos de execução continuada, é possível que haja necessidade de reequilíbrio financeiro, se considerado alterações alheia a vontade do contratado, por determinação legislativa, ocasionando o fato do príncipe (expressão francesa)²⁴⁰, esta considerada modificação subjetiva em razão da que são decorrentes de atos normativos, extracontratuais. No caso de alteração das circunstâncias não forem provenientes do fato do príncipe, será aplicado o regime geral (art.º. 314º, 2) em que serão considerados critérios de equidade. Entre outras possibilidades de modificação contratual,

²³⁹ SOUZA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III. p. 154.

²⁴⁰ SOUZA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos**. Direito Administrativo Geral. Tomo III. p. 167.

está a possibilidade de cessão da posição contratual e de subcontratação, e no decorrer da execução em regra há obrigação de correção de defeitos, nos termos do artigo 396º, em que se define o prazo para correção. Entretanto, não havendo tal obrigação, e tendo a garantia, esta poderá ser liberada de acordo c, sendo essa tarefa com os prazos dispostos no CCP.

Importante destacar que o contraente público tem poder sancionatório, em caso de mora na prestação por parte do cocontratante, disposto no artigo 329º, com natureza pecuniária de até 20 % (multa) incidente sobre o preço contratual, podendo ainda resolver o contrato, e caso contrário, se não proceder a resolução poderá aumentar a sanção (multa) para 30 %.

A resolução contratual unilateral, está prevista no artigo 302º, e do CCP, e em linhas gerais, resumem-se as regras da prestação da execução nos contratos administrativos, incluem-se ainda as regras acerca dos pagamentos. Evidencia-se que o CCP trouxe alguma diretrizes que derrogaram algumas regras do CPA, a exemplo das notificações e comunicações administrativas, a contagem dos prazos, natureza das declarações do contraente público, as quais, exceto, os casos previstos no número 2 do artigo, as demais declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, isto porque, limita a ação do contraente público, sem a concordância do cocontratante.

O Poder de fiscalização contratual exercido pelo contraente público, deve respeitar alguns princípios, sendo relevante o interesse público a ser observado, de modo que não traga ingerência sobre a contratada, sem interferir na sua autonomia para execução, mas, sem reduzir sua responsabilidade e riscos assumidos. Observa-se que a fiscalização da execução contratual se estende as áreas, técnica, financeira e jurídica. A fiscalização ocorre sobre o modelo de execução do contrato, e pelo seu descumprimento, poderá haver aplicação de sanções. Este acompanhamento de acordo com o item 2 do artigo 305º. Sob esse aspeto, destaca-se a necessidade de um acompanhamento da execução contratual, que anteveja “os sinais que possam denunciar incumprimentos futuros ou, ainda numa fase embrionária, que consubstanciem já desvios ou formas iniciais de incumprimento das obrigações contratuais”²⁴¹.

São variadas as formas de fiscalização dos contratos, e a atuação dos fiscais carece de documentação comprobatória (registos nos autos, relatórios ou anotações em livros próprios), sendo essa tarefa realizada por comissões ou entidades públicas ou privadas especializadas. De forma sucinta, pode se verificar que foram inseridas várias novidades no CCP, decorrentes das Diretivas 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE. Ao encontro da

²⁴¹ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise**, p. 11.

Diretiva 2014/24/UE, segundo destaca Martins,²⁴² veio a inserção de mais um motivo de exclusão/impedimento de contratação, no artigo 57º,4, “g” do CCP, a qual foi recepcionada pelos Estados-Membros de formas diferenciadas, tendo o CCP inserido uma condição prévia, no caso de condenação. No mesmo sentido uma deixa de ser aplicável, esta relativa às questões de débitos com impostos ou contribuições para a segurança social e sociais, possibilitando a contratação “quando o operador económico tiver cumprido as suas obrigações pagando ou celebrando um acordo vinculativo”. As novidades se estendem em vários dispositivos, a exemplo da equiparação entre contratantes principais e subcontratantes, a divisão de contratos em lotes, visando ampliar a participação das PMEs.

Não é simples em termos práticos aliar as características aqui descritas, estabelecendo um critério delimitador em que se respeitem tantas avaliações junto ao preço de forma objetiva, como por exemplo: a análise das questões dispostas no artigo 67º da Diretiva 2014/24/UE que alinha, situações como: organização, qualificações; experiência dos responsáveis pela execução do contrato; a prestação do serviço e assistência técnica pós-venda, como as condições de entrega (prazos), etc. Comparativamente, Azevedo²⁴³ explica as semelhanças entre a Diretiva 2014/24/UE artigo 68º, nº 1 e o CCP, artigo 75º, nº 7, nos quais se verificam pequenas alterações na redação que não trazem alterações a essência da norma, de modo que devem ser observados os custos da aquisição, de utilização, e de manutenção, assim como os demais custos externos ligados ao produto, serviço ou obra ligados ao ciclo de vida.

Observa-se nesta linha de sustentabilidade ambiental que as regras da Diretiva de 2014 foi mais longe em relação ao CCP quanto à possibilidade de exclusão ou vedação de participação de agentes económicos que tenham sido condenados por decisão transitada em julgado de crimes dispostos no Código, ao introduzir as infrações as obrigações ambientais, laborais ou sociais. Em relação a condenação e possível reabilitação das empresas condenadas por atos de corrupção, tem-se na literatura o instrumento denominado de self-cleaning²⁴⁴, previstos no ordenamento jurídico norte americano e na União Europeia, além das regras do Banco Mundial, para as licitações. Este instrumento traz a possibilidade de as empresas penalizadas poderem firmar contratos com a Administração, novamente. A lógica desse instrumento nas diretivas europeias traz para os Estados-Membros a ideia de que uma empresa condenada por corrupção, fraude, lavagem de dinheiro, entre outros, seja afastada dos processos

²⁴² MARTINS, Lucídio Lopes. **As novas directivas da União Europeia sobre as Contratações públicas e as Concessões e a Reforma das legislações dos Estados-Membros**, In *Contratos Administrativos, equilíbrio económico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*, p. 187

²⁴³ AZEVEDO, Pedro Santos. **Apontamentos sobre os Custos do Ciclo de vida no Novo Código dos Contratos Públicos**, p. 90.

²⁴⁴ PEREIRA, Cesar, SCHWINDS, Rafael Wallbach. **Autos saneamento (self-cleaning), inidoneidade e suspensão do direito de licitar: lições do direito europeu e norte-americano**, p. 22.

de contratação. No entanto, os temas vêm evoluindo mediante os princípios fundamentais da UE, em que são relevantes os seguintes princípios: “da livre circulação de mercadorias e serviços, da proporcionalidade e do tratamento igualitário”, consubstanciado pela ideia de que os impedimentos em participações em licitações vão além do simples objetivo de penalizar as empresas.

Na execução contratual, sua correlação com as regras de *Compliance*, chama-se atenção ao artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE que traz os motivos de exclusão nos critérios de seleção das propostas, dos quais resume-se participação em organização criminosa, crimes de corrupção, fraudes, infrações terroristas, branqueamento de capitais, trabalho infantil, entre outras. O processo de reabilitação envolve vários procedimentos, que vão desde o ressarcimento com a reparação de danos, colaboração ativa com os responsáveis pelo inquérito, alteração no quadro de acionistas, empregados, entre outros, de forma a propiciar o retorno das atividades a serem prestadas ao Estado. No caso do sistema europeu, as diretivas trazem diferentes abordagens, entre impedimentos de licitar obrigação de contratar²⁴⁵.

2.3. O *Compliance* e os contratos

Observa-se que em Portugal houve a uma mudança significativa em relação a necessidade de prevenir e mitigar riscos econômicos, em especial, com a participação da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e do Instituto Português de Corporate e Governance, tais instituições decorreram do novo panorama nacional e internacional, os quais inauguram um novo modelo de exigências e critérios de proteção contra a corrupção²⁴⁶.

É importante destacar o poder do Estado, assim como, o poder das empresas privadas constituídas, no que diz respeito as boas práticas de Governança, nesse aspecto surge o *Compliance*, como instrumento de proteção e prevenção²⁴⁷.

Como abordado no Capítulo 1, alguns conceitos de *Compliance* foram explorados, e percebe-se que não se trata de modismos, mais que isso, o *Compliance* representa uma verdadeira revolução, pois, abrange o comportamento em duas esferas privada e pública. Inicialmente, algumas considerações acerca do tema, faz-se necessário, sob a perspectiva penal. Conforme já mencionado no capítulo 1, Mendes, Paulo assevera que os conceitos de *Law Enforcement e Compliance* são inseparáveis, ou seja, no

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ ROSÁRIO, Pedro Trovão do, RAMOS, PAULO Roberto Barbosa, CAMARA, David Elias Cardoso. **Governo das sociedades e *Compliance* em Portugal**: um esboço de sua delimitação histórico-normativa, p. 28.

²⁴⁷ Idem.

conjunto das regulamentações, três áreas são reunidas administrativo; sancionatório público e direito penal²⁴⁸. Mendes²⁴⁹ questiona, o que torna o *Compliance* tão procurado? e conforme se pode depreender do texto, sendo o *Compliance* um ato voluntário das empresas, assim considerado uma autorregulação, o que pode ser entendido por alguns como um “contradicto in adjecto” na medida que tenta vincular o Estado a tal iniciativa. Pois, bem, tendo como finalidade, o *Compliance* deve evitar a prática de ilícitos, corrupção, subornos, crimes em várias esferas do direito, como também, o branqueamento de capitais, porém, mais do que isso, trazer a responsabilidade compliance coletiva ou individual. O que torna mais complexo, é que ao mesmo tempo em que o programa de *Compliance* busca essa responsabilização, também traz possíveis situações de atenuantes na sua aplicação, quando existentes programas idôneos. Desse modo, implica dizer mais uma vez, que a existência de programas de *Compliance* por si só não se torna suficiente para isenção de possível responsabilização.

Segundo Mendes²⁵⁰ são quatro premissas a serem observadas quando detetada a responsabilização e produção de provas pelo visado, o qual deve comprovar: (...) a existência de programas de *Compliance*; existência de sistemas efetivos de *Compliance*; identificação de medidas adequadas e realmente implementadas contra falhas organizacionais suscetíveis de originar a prática de infrações; identificação, avaliação e controlo dos riscos empresariais. Os itens citados não são elementos típicos de infração, nem excludentes de responsabilidades. Entretanto, esses programas poderão impactar sim na avaliação das responsabilidades²⁵¹, inclusive no que diz respeito a agravamento de tais responsabilidades decorrente do mal implementação dos programas²⁵².

Dos riscos do *Compliance*, deve se atentar ainda para a figura do *Compliance Officer*²⁵³ e a definição de suas funções, para que este não venha a ser responsabilizado por questões das quais não seriam de sua competência. Estes profissionais devem ter suas atribuições e competências bem definidas, e delegação de poderes, além de serem dotados de independência, autonomia, proatividade, e claro que deve ter controle sobre as situações sob sua responsabilidade. Mendes²⁵⁴ afirma que a ausência de regulamentação das competências

²⁴⁸ Cit. por MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement & Compliance*. p. 19

²⁴⁹ Idem, p. 13

²⁵⁰ Ibidem, p. 19.

²⁵¹ Cit. por MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement & Compliance*.

²⁵² Op. cit, p. 15.

²⁵³ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. *Manual de Compliance*. Os Agentes do *Compliance*. (...) “pessoa que dentro da empresa, organização ou governo, tem como função assegurar que as leis e regulamentos relacionados com suas actividades são cumpridas”, p. 81.

²⁵⁴ Cit. por MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement & Compliance*, p. 16.

desse profissional (Brasil, Alemanha e em Portugal), só terá posição de garante se delimitada sua competência no âmbito empresarial.

O termo *Compliance* é mais aplicado a iniciativa privada, sendo os Programas de Integridade mais utilizados na área pública. É assim relevante frisar que o *Compliance* traduz mais que uma simples conformidade, sendo então um processo maior que engloba a área social e política.

O *Compliance* traz a necessidade de controles internos bem definidos para o combate à Corrupção, sendo este instrumento de controle social, pois, mesmo sendo aplicável no âmbito das empresas, mas, em razão do cumprimento das normas, também é interesse da sociedade²⁵⁵. Portanto, nesse contexto de responsabilização, Busato²⁵⁶ traz uma discussão em torno do protagonismo do *Compliance*, o qual afirma, e linhas gerais, que o tema de tão importante que é, tornou a discussão restrita a alguns pontos, como por exemplo, os padrões do *Compliance*, as exigências, a eficácia, a competência dos deveres de fiscalização, o cumprimento, etc, ficando em segundo plano, os temas mais importantes, como: (...) “a auto ou heteroresponsabilidade, o nexos de causalidade, a ação, a culpabilidade (seja como elemento do delito ou princípio) das pessoas jurídicas. Para ele, as relevâncias dos temas foram invertidas.

Para Brito²⁵⁷ o significado do *Compliance* não é só conformidade, “mas a adoção regras e processos intraempresariais que garantem que o cumprimento do direito não é fruto do acaso”. A autora questiona se a existência de um Programa de *Compliance* (jurídico-penal, efetivo) obsta um ilícito típico coletivo, se pode excluir ou atenuar a culpa coletiva, ou somente isentar de pena a pessoa jurídica? Pois bem, em resposta, assevera que tudo vai depender do modelo de responsabilização penal das pessoas coletivas adotado. Segundo ela, o Código Penal Português nos nº 2, 4 6 e 7 do artigo 11º indica o modelo penal da responsabilidade penal direta ou por facto próprio do ente, consolidando o Criminal *Compliance* nos planos, pois, traz o ilícito coletivo e a culpa da pessoa jurídica. De outro modo, a autora assevera que quem entende ser possível a transferência do facto da responsabilização da pessoa singular para a pessoa coletiva terá resultado diferente, diante da existência de um plano que possibilite uma atenuação da responsabilidade do ente, ou mesmo sua isenção. Nessa segunda linha de raciocínio, o delito da pessoa singular será indício de acidente” da pessoa jurídica.

²⁵⁵ Cit. por BUZZATO. PAULO César. *O que não se diz sobre o Criminal Compliance. Law Enforcement & Compliance*, p. 19.

²⁵⁶ Idem, p. 29.

²⁵⁷ BRITO. Teresa Quintela de. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*. (Coordenadores. PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa.). Estudos sobre *Law Enforcement, Compliance* e Direito Penal. p. 57

A questão não é simples, pois, o que irá modelar a responsabilização será a utilização de programas de *Compliance*, a autorregulação para evitar crimes, o que será de grande valia, ou de modo contrário, seguir o ordenamento jurídico penal quando esta disciplina o crime no âmbito coletivo. Existem vários programas de *Compliance*²⁵⁸, estes se enquadram conforme (...) “por força dos riscos envolvidos, da sua dimensão transnacional e relevância econômica”, assim, alguns se destacam, como: (...) “combate ao branqueamento de capitais, de prevenção do financiamento do terrorismo e prevenção da corrupção”.

Em relação a luta contra a corrupção, Platão apud Pizzaro afirma que “Tudo que nasce está sujeito à corrupção”, assim, sabendo-se que é antiga, e mesmo sendo combatida permanece, acirrada pela globalização, com o aumento dos relacionamentos entre os países.

Nesse contexto, a Convenção da OCDE contra a corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros, inaugura os instrumentos sobre o tema, e em 1994 foi aprovada a Recomendação sobre a Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais. Vários instrumentos se sucederam no decorrer dos anos, em 2003, a UE aprova uma Decisão-Quadro 2002/568/JAI do Conselho, a qual considera a corrupção ativa e passiva como infrações penais em todos os Estados-Membros, além de responsabilizar as pessoas coletivas por essas infrações. Destacam-se outras regras como: Guia de Boas Práticas para Empresas sobre Controlos Internos, Ética e *Compliance*. Em Portugal, a Lei 36/94 de 29/09 acerca de combate à corrupção, a Lei 5/2002 de 11/01, Lei 20/2008 de 21/04, assim como a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção. Alguns temas se destacam na Recomendação do Conselho da OCDE: a exemplo da questão da corrupção que (...) “está sendo relatada como a preocupação número um dos cidadãos, causando mais preocupação do que a globalização ou a migração”, deste modo algumas diretrizes são definidas nesse documento. Conforme assevera (...) a “Integridade pública refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público”. Quanto ao tema referente ao setor público e contratos públicos, a Recomendação da OCDE traz princípios e mecanismos para garantir a integridade e reduzir a corrupção.

Assim, trazendo toda essa discussão para o âmbito dos contratos administrativos, volta-se a questão principal desse trabalho, de que forma o *Compliance* inova nos contratos públicos, em especial, nos contratos administrativos, e qual eficácia da implantação de tais programas, diante do ordenamento jurídico português e brasileiro. Nesse contexto, conforme descrito no item 2, os contratos administrativos estão disciplinados no CCP- Código de Contratos Públicos, e sofre interferência direta das Diretivas da UE, este regido de forma

²⁵⁸ PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. **Manual de Compliance**. Programas Específicos de *Compliance*, p. 100.

expressa pelo regime comunitário, regulando vários aspetos referentes ao regime de execução dos contratos públicos, além de inserir limites às modificações dos contratos públicos, e a inserção das diretivas nos contratos públicos, pode trazer grandes ganhos na seara econômica²⁵⁹. Entretanto, os contratos públicos como área vulnerável que é, conforme se pode constatar em todos os dispositivos legais descritos, existem possíveis riscos que podem comprometer a Integridade, seja no processo interno (fase preparatória) na estimativa do valor da contratação, seja, na fase de seleção do futuro contratado, e na própria execução contratual. Tais riscos vão desde possíveis abusos de poder (por parte do contraente público) favorecendo possíveis interesses privados, ou permeado por conflitos de interesses, entendendo-se, segundo²⁶⁰, Santana, Paulo Ricardo que tal conflito (...) “requer a presença de uma conjuntura em que se fazem recorrentes, ao mesmo tempo, sendo satisfeitos concomitantemente, mas em posições opostas e discrepantes, gostos atinentes exclusivamente à pessoa e predileções inerente à corporação que representa”. No desvio do poder, pode acontecer uma situação em que um agente público diante da sua posição hierárquica utiliza sua condição para atender um interesse particular conflituoso com sua posição pública. As formas de possíveis desvios são inúmeras, algumas até de difícil identificação. A solicitação de vantagem indevida pode ser realizada por meio de recebimento em dinheiro, objetos ou outros itens como pagamento de despesas pessoais do responsável pelo contrato. Situações peculiares se encontram nas possíveis modificações das informações dispostas nos cadernos de encargos, ou até mesmo nas modificações contratuais indevidas, alterando significativamente a essência do núcleo do objeto com intuito de favorecer terceiros. Para a implementação de um Programa de *Compliance* ou Programa de Integridade²⁶¹, deve se atentar para questões relativas à ética e a integridade nas organizações.

Para Santana, tais organizações precisam instituir²⁶² (...) “elementos mínimos, quase que caracterizadores de pressupostos de tal programa” nos termos do modelo instituído por Engelhart, segundo afirma, composto por se estruturar: (...) “em três colunas, que se subdividem, por sua vez, em três pontos.

A primeira coluna corresponde à formulação do programa de *Compliance*, a segunda refere-se à implementação desse programa, e a terceira corresponde à sua consolidação e aperfeiçoamento”. Conforme preconiza o modelo de programa indicado, em linhas gerais²⁶³,

²⁵⁹ VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. **O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos português**, p. 109-129.

²⁶⁰ SANTANA, Paulo Ricardo. **Compliance nos Contratos Públicos**, p. 27.

²⁶¹ CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. **Compliance e Boa Governança**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 63. (...) “Ressaltamos que o programa de integridade é mais usado para a área pública e o programa de *Compliance* para o setor privado).

²⁶² SANTANA, Paulo Ricardo. **Compliance nos Contratos Públicos**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 105

²⁶³ Idem.

traz a função de formular (identificar, definir, estruturar); analisar os riscos; implementar (informar, incentivar, organizar), e a consolidação e aperfeiçoamento (reagir, sancionar, aperfeiçoar), sendo um dos requisitos mais relevantes a gestão de riscos. Segundo afirma: (...) “Mostra-se contundente na doutrina relativa ao *Compliance*, tanto aquela produzida no Brasil quanto a elaborada na Europa, que um dos elementos do Programa respectivo é a análise de riscos”.

O *Compliance* nas contratações públicas, portanto, deve ater-se aos principais fatores que podem ensejar quaisquer riscos que concorram para atos de fraudes, corrupção, desvios de finalidades durante a execução dos atos processuais. Assim, os gestores precisam preocupar-se com as empresas licitantes e, mormente, com quem representa direta ou indiretamente tais corporações privadas. Devendo ainda analisar com precisão as características próprias do objeto da licitação e as implicações que ele detém para a futura execução do contrato²⁶⁴.

2.3.1. O impacto da exigência do Compliance ou Programas de Integridade nas contratações públicas

Retomando o raciocínio dos capítulos anteriores, em que se observa as fases interna e externa dos processos de contratação, tanto, na Administração pública brasileira, como na portuguesa, se faz necessário construir um caminho em que seja possível identificar possíveis situações de riscos a serem enfrentados nos processos de contratação pública e sua correlação com o *Compliance*. O *Compliance* ou os programas de integridade²⁶⁵ buscam extinguir, reduzir ou mitigar os riscos nas contratações, mas, é importante destacar que este conceito, tem sido considerado em maior amplitude, englobando conformidade, mas, a integridade como elemento central. Reforça-se que o *Compliance* entendido enquanto sistema de gestão, abrange um conjunto de normas, com determinado fim²⁶⁶. Destaca-se na doutrina, a afirmativa de Carneiro e Santos Júnior que entendem²⁶⁷ que o: “*Compliance* e Anti suborno são espécies distintas de sistemas de gestão”.

Assim, citam, a importância das normas, a exemplo das normas ISO (International Standardization Organization), estas que: “asseguram as características desejáveis de produtos

²⁶⁴ Ibidem, p. 106

²⁶⁵ VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019.p;162

²⁶⁶ CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. **Compliance e Boa Governança**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 48

²⁶⁷ Idem, p. 47

e serviços, como qualidade, segurança, confiabilidade, eficiência etc”. Esta linha de raciocínio denota a relevância do tema, quanto às padronizações das informações que se tornem confiáveis sejam referentes à produtos, equipamentos, sistemas, máquinas, serviços, etc. Neste contexto, chama a atenção para a implementação do Sistema de Gestão de *Compliance* e Antis-suborno pelas Normas ISO 19.600 e ISO NBR 37.001²⁶⁸.

2.3.2. Os principais riscos identificados nas contratações públicas

Em Portugal algumas situações já foram levantadas de recorrentes irregularidades na gestão²⁶⁹, dos quais se pode depreender expressas no Guia de Contratação pública, as seguintes situações:

1. a escolha indevida do procedimento contratual - art.º 38º do CCP, com possíveis implicações no cofinanciamento europeu, dentre esses, justificativa indevida para o ajuste direto, preterição do procedimento concursal e fracionamento ilegal dos contratos.

2. utilização incorreta do critério de adjudicação – art.º 74º do CCP, monofactor e multifactor, os quais precisam ser devidamente fundamentados, sem preferências ou discriminações nacionais ou regionais, injustificadas, bem como, ausência de critério de adjudicação.

3. indefinição das especificações do objeto no Caderno de Encargos que deve conter: (...) “uma descrição pormenorizada do objeto contratual e identificar os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos ou não à concorrência a que as propostas estão vinculadas (n.ºs 3 a 6 do artigo 42.º)”. Tais especificações surgem como definidoras da participação em condições de igualdade pelos operadores económicos. Assim, chama-se a atenção que a ausência de critério de adjudicação é uma situação irregular e que traz uma penalização por meio de uma Tabela, COCOF²⁷⁰, ou seja, uma correção financeira de 10% sobre o montante da despesa elegível, esta correção financeira foi instituída pela Comissão Europeia, por meio de uma Decisão, em 14 de maio de 2019. Assim, esta decisão traz orientações acerca das despesas financiadas pela União Europeia no âmbito da gestão partilhada, para que se houver descumprimento das regras em matéria de contratos públicos, o

²⁶⁸ Ibidem, p. 49

²⁶⁹ PO ISE- PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO - GUIA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA - Aplicável aos procedimentos iniciados a partir de 20 de junho de 2021 05/2022.

²⁷⁰ POSEUR- PROGRAMA OPERACIONAL DE SUSTENTABILIDADE E EFICIÊNCIA NO USO DE RECURSOS. EUROPEAN COMMISSION. Brussels, 14.5.2019 C (2019) 3452 final. ANNEX. ANNEX to the COMMISSION DECISION. *laying down the guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union for non-compliance with the applicable rules on public procurement.*

Estado- Membro é sancionado, de acordo com a tabela anexa, e dosimetria estabelecida mediante a irregularidade.²⁷¹

Conforme supracitado, a tabela referenciada, faz parte do Anexo da Decisão da Comissão Europeia, e objetiva correções financeiras que exclui do financiamento da União, as despesas que violam a legislação aplicável (cf. artigo 144.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013 e artigo 101.º, n.º 8, do Regulamento Financeiro). Observa-se que a depender da irregularidade constatada, esta pode ser quantificável de forma precisa ou não, de modo que no caso das compras públicas, dada a impossibilidade de quantificação com precisão, se considera a natureza e a gravidade da irregularidade. Exemplifica-se: a não publicação do anúncio de concurso, de acordo com as regras (publicação no Jornal Oficial) exigidas pelas diretivas²⁷², assim, como, no caso de prêmios diretos ou negociações (sem que não haja publicação prévia de aviso de contrato, ou descumprimento de critérios) a correção financeira será no percentual de 100%, sendo aplicável correção menor (25%) no caso de publicidade realizada de forma inadequada.

4. ausência das peças do processo na plataforma eletrônica (artigo 115.º).

5. ausência de esclarecimentos sobre o procedimento: a falta de comunicação expressa e inequívoca dos erros e omissões das peças do procedimento, e possíveis prorrogações de prazos para correções (n.º 1 do artigo 50.º).

6. irregularidades referentes às documentações da (artigo 56.º e 57.º);

Observa-se que muitas irregularidades são verificadas também no momento da adjudicação relativo a apresentação dos documentos de habilitação exigidos; na prestação da caução, se for o caso. Também se verifica nas documentações exigidas, a situação fiscal, contributiva, registo criminal da pessoa coletiva ou singular e dos membros (órgãos sociais de administração, direção ou gerência) do adjudicatário., entre outras exigências. A ausência de tais documentações enseja irregularidade que pode resultar em uma aplicação de uma correção financeira.

7. na formalização e execução dos contratos, também foram identificadas diversas irregularidades, em especial relativa a publicitação (n.º 1 do artigo 127.º do CCP), no anúncio da adjudicação conforme valores e prazos previstos. Por fim, o Guia acima citado de forma resumida, traz uma diretriz extremamente importante que impacta na análise dos contratos públicos, que é o tema sobre o conflito de interesses, disposto na Diretiva n.º 2014/24/UE, a assevera sobre a definição de conflito de interesses, em que delimita as atitudes dos envolvidos

²⁷¹ Idem.

²⁷² Idem. Observa-se a legislação citada na tabela: (...) “Article 31 of Directive 2014/23/EU; Articles 26, 32 and 49 of Directive 2014/24/EU; Articles 44, 67 to 69 of Directive 2014/25/EU.” (...).

no processo e os diferentes interesses (financeiros, económicos ou qualquer outro) que possam comprometer o resultado desse²⁷³.

No caso de ser detetada uma situação de conflito de interesses, poderá incidir uma correção financeira de 100% sobre o montante. A UE estabeleceu mecanismos visando a prevenção de fraudes, em que os Estados Membros são obrigados a tomar medidas de prevenção, deteção e correção de irregularidades e fraudes²⁷⁴. Observa-se que este controle se dá em razão da participação dos Estados-Membros na UE, independentemente, desse ainda, tem o controle do Tribunal de Contas. Feitas essas considerações. De que forma, o instrumento do *Compliance* inova no processo de contratações públicas? Ora, como já disposto o *Compliance* além da conformidade traz os programas de integridade, assim, em Portugal e na UE não restam dúvidas que as diretrizes estabelecidas abarcam os contratos públicos. De modo que as irregularidades descritas anteriormente são identificáveis e já conhecidas para serem monitoradas. Ressalta-se a forma de controle da UE acerca da transposição das diretivas, sua aplicação prática nos contratos públicos e as penalizações possíveis de serem aplicadas pela Tabela COCOF, citada.

Quais os pontos ou “riscos” sensíveis à corrupção que podem permeia as fases processuais dos contratos públicos, e como identificá-los? de acordo com o apresentado no Guia citado²⁷⁵, tendo em conta que este considera: (...) “que a contratação pública é uma das áreas onde se considera existir maior incidência do risco de fraude”. Assim, a autoridade de Gestão do Programa Operacional Inclusão Social e Emprego- (POISE²⁷⁶) tem como diretriz o combate as fraudes por meio de mecanismos de prevenção. A identificação dos riscos dispostos acima está concretizada no texto desse Guia²⁷⁷, o qual traz um rol de situações que podem reduzir os riscos de conluio nos procedimentos. Depreende-se dessas recomendações que deverão ser observadas várias ações²⁷⁸ desde (...) a “preparação do procedimento de contratação”, esta envolvendo atividades que permitam o levantamento das informações relativas ao objeto, fornecedores, práticas semelhantes e anteriores que possam validar as escolhas, cuidados

²⁷³ DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (Texto relevante para efeitos do EEE). Artigo 24.º Conflitos de interesse. **Jornal Oficial da União Europeia**.

²⁷⁴ EUR-LEX. Acesso ao Direito da União Europeia. Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 do Parlamento Europeu do e do Conselho de 18 de julho de 2018 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União, que altera os Regulamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, UE n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 e (UE) n.º 283/2014, e a Decisão n.º 541/2014/UE, e revoga o Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012. **Jornal Oficial da União Europeia**.

²⁷⁵ POISE- Programa Operacional Inclusão Social e Emprego – **Guia de contratação pública - Aplicável aos procedimentos iniciados a partir de 20 de junho de 2021 05/2022**, p. 269-271

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Ibidem, p. 269-271.

²⁷⁸ POISE, op. cit, p. 269-271

relativos à concorrência, possibilitando igualdade e transparência. As regras dispostas no Guia referenciado²⁷⁹ incluem cuidados com possíveis restrições de competitividade em razão de exigências de qualificações específicas e desnecessárias, exigências de certificações de qualidade, ou garantias financeiras ou outra que possa restringir desnecessariamente. Ainda nessa fase de preparação, outras situações devem ser observadas, como²⁸⁰ a (...) “possibilidade de divisão do concurso em lotes para potenciar a participação de empresas de menor dimensão, procurando evitar que essa divisão facilite esquemas de repartição de mercado”. Outro ponto destacado se refere à divisão do Concurso público em lotes, e esse tem a finalidade de possibilitar que operadores económicos de diferentes locais possam ofertar produtos e serviços em menor quantidade, ampliando assim a concorrência e impactando no preço final.

As diretrizes na fase pré-contratual são de uma grande complexidade, visto que tanto em Portugal como no Brasil, é o momento em que, segundo afirma Santana, Paulo Ricardo²⁸¹: a “Administração primeiro prepara, digamos, planea, realiza medidas preparatórias atinentes ao processo e, em seguida, no caso de Portugal, com a publicidade do que a lei chamou Caderno de Encargos (a norma brasileira denomina Edital)”. Assim, nesta etapa todas as regras, princípios, normativos, realidade mercadológica, preços e demais informações são postas em documento que irá nortear a contratação. Consta ainda das diretrizes estabelecidas, a preocupação com a redução de custos processuais, em especial nos procedimentos relativos às preparações das propostas, atentando as exigências que possam impactar na formulação das mesmas²⁸². Outras situações foram requeridas como uma declaração escrita de que o operador económico não tem interesses conflituosos, ou que não combina preços de propostas com concorrentes, mantendo confidenciais as suas propostas, entre outras²⁸³.

Dentre as demais recomendações, em relação aos envolvidos nos processos, traz uma sugestão²⁸⁴, a (...) “Sensibilização de recursos humanos e promoção do escrutínio de informação; além de “Implementar programas de formação contínua dos funcionários responsáveis pelos procedimentos de contratação”. As diretrizes estabelecidas no Guia²⁸⁵ vão ao encontro das regras de *Compliance*, no tocante à necessidade de: (...) “Rever periodicamente o histórico das propostas para determinados produtos e serviços e procurar identificar padrões de comportamentos suspeitos”, entre outras regras relacionadas aos procedimentos de

²⁷⁹ POISE- Programa Operacional Inclusão Social e Emprego – **Guia de contratação pública - Aplicável aos procedimentos iniciados a partir de 20 de junho de 2021 05/2022**, p. 269-271

²⁸⁰ Idem, p. 269-271.

²⁸¹ SANTANA, Paulo Ricardo. *Compliance nos Contratos Públicos*, p. 54.

²⁸² POISE, op. cit., p. 269-271

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ POISE, op. cit., p. 269-271.

contratação. Pois bem, uma vez identificados os riscos nos procedimentos de contratações públicas em Portugal, é possível ver a sua conexão com as regras de *Compliance*, pois, estão cada vez mais próximas.

Em outro giro, em Portugal o combate a corrupção tem sido instrumentalizado por meio de várias legislações, em especial o Código Penal, o qual prevê penas para aqueles que de algum modo recebem vantagens indevidas, ou atuam de forma passiva ou ativa em atos ilícitos, praticam peculato, entre outras. Assim, por meio do Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 dezembro²⁸⁶, foi instituído o Mecanismo Nacional Anticorrupção e estabelece o regime geral de prevenção da corrupção previsto no Programa do XXII Governo Constitucional, sendo disciplinado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021²⁸⁷, na qual consta informações referentes a dados e cifras decorrentes de atos de corrupção no Governo português. Deste modo, extrai-se do documento²⁸⁸ que em 2019, foram registados 2155 (dois mil cento e cinquenta e um) novos inquéritos por crimes de corrupção, destes crimes, cita-se os crimes de corrupção ativa e passiva, o tráfico de influência, a apropriação ilegítima de bens públicos, administração danosa, peculato, participação económica em negócio e abuso de poder, em que pese ter o referido documento afirmado que houve um decréscimo em relação ao ano anterior. Observa-se que o ordenamento português e brasileiro contempla legislações diversas as quais trazem a responsabilidade daqueles que se utilizam de por exemplo, para cometer crimes de corrupção. Entretanto, tanto no Brasil quanto em Portugal se faz necessário estabelecer medidas que propiciem o combate à corrupção, desde a sua prevenção.

2.3.3. A análise do artigo 87 do CCP

Acerca da falsidade de documentos e declarações, situação essa ensejadora de nulidade pode se exemplificar uma irregularidade na formação dos contratos públicos, neste contexto, se destaca, a possibilidade de caducar a adjudicação em razão de ocorrência da apresentação de documentos falsos, o que denota a possível ação criminal, além da caducidade da adjudicação. Observa-se que a caducidade decorrente da apresentação de documentação falsa em procedimento de contratação, demanda valiosa apuração dos fatos, a fim de que não haja qualquer tipo de equívoco na análise documental apresentada na candidatura, como

²⁸⁶ DECRETO-LEI 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República, Série I. n.º 20/2008.**

²⁸⁷ RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 37/2021. Aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. **Diário da República** n.º 66/2021, Série I de 2021-06-04, p. 8-49.

²⁸⁸ Idem, p. 6.

constatado no processo 572/17.0 - BELRA, da Seção CA- 2º Juízo, em 16.01.2018²⁸⁹, em que foi invocado o princípio do aproveitamento do acto, c/c o artigo 163º do CPA. De outro modo, a caducidade ocorre também em razão de surgimento de situações posteriores, como se observa na redação do dispositivo:

Artigo 87.º-A

Outras causas de caducidade da adjudicação

1 - Sem prejuízo de outras causas de caducidade previstas no presente Código ou resultantes de outra legislação aplicável, determina ainda a caducidade da adjudicação a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica, extinção da entidade adjudicante ou do adjudicatário ou por insolvência deste.

2 - Quando as causas de caducidade da adjudicação referidas no número anterior respeitem ao adjudicatário, a entidade adjudicante deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

3 - O adjudicatário deve indemnizar a entidade adjudicante, nos termos gerais, pelos prejuízos que culposamente tenha causado²⁹⁰.

Observa-se o exemplo relativo ao dispositivo citado, no processo nº. 01973/20.2BEPRT-1ª Secção - Contencioso Administrativo, de 03.12.2021, do TAF do Porto²⁹¹, o qual se solicita o pagamento de multas em razão da não adjudicação, por descumprimento do item do artigo 36º do CCP: (...) “Art. 36º”. (...) “5 - As peças do procedimento devem identificar todos os pareceres prévios, licenciamentos e autorizações necessárias que possam condicionar o procedimento e a execução do contrato”. O Acórdão em referência trata da discussão da caducidade da adjudicação em razão do questionamento da apresentação de uma proposta em que forma identificada algumas “irregularidades”, dentre as quais, destaca-se a ausência de um documento, a qual a empresa afirma não ser motivadora de exclusão da proposta, o que por fim, não haveria a caducidade da adjudicação, o que fora aceito pelo Tribunal.

2.3.4. *Compliance* e o preço dos contratos (art.º. 97.º)

O tema *Compliance* ou Programas de Integridade se relacionam com os “preços públicos”, em razão de que estes compõem área sensível propícia à atos de corrupção (fraudes e subornos), independente de se tratar de contratos públicos. Observando os ditames do CCP

²⁸⁹ MARQUES, PEDRO MARCHÃO. **Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul**. Processo 572/17.0 - BELRA, da Seção CA- 2º Juízo, em 16.01.2018. Pré-contractual. Exclusão das propostas falsas. Declarações. Ónus da prova. Princípio do aproveitamento do acto.

²⁹⁰ DECRETO-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República, Série I. n.º 20/2008**.

²⁹¹ MARTINS Rogério Paulo da Costa. **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte** com o nº 02091/08.7BEPRT-1ª Secção - Contencioso Administrativo, de 03.12.2021, do TAF do Porto de 03.12.2021.

acerca da formação dos preços desde sua estimativa na formação contratual até a execução dos contratos, vê-se, no Artigo 47.º a indicação do preço base, a ser definido pela entidade adjudicante no caderno de encargos, sendo este considerado o preço máximo que a entidade se dispõe a pagar, como já mencionado. Este preço, inclui toda a composição do objeto, e as possíveis renovações contratuais. A grande dificuldade é a fixação do preço, considerando os critérios objetivos, em especial, preço praticado no mercado (atualizado) a serem obtidos por meio de pesquisas, o que incorre em possíveis distorções se não for feito de forma criteriosa.

Preliminarmente, destaca-se o artigo 35-A do CCP que trata da consulta preliminar ao mercado a ser realizada antes da abertura de um procedimento pela entidade adjudicante, esta consulta pode ser realizada de forma informal, por meio de solicitações de informações ao mercado, sem no entanto, distorcer “a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência”, para isso o CCP traz a necessidade de se estabelecer medidas que impeçam tal situação. Depreende-se que os valores obtidos na pesquisa nos termos do artigo 35.º-A que comporão o preço base deverá atentar aos limites estabelecidos nos procedimentos, bem como dos limites de autorização dos órgãos. O artigo 60.º do CCP traz a indicação do preço, que devem ser em algarismos, por extenso e não incluem o IVA, e prevalecendo sempre os preços parciais, unitários ou não, mais decompostos.

Em relação ao artigo 97.º este definindo o preço contratual, assevera que o preço contratual é: (...) “o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato”, assim, estando incluídos nessa composição, as prestações objeto do contrato e qualquer prorrogação contratualmente prevista. Entretanto, o CCP preconiza que nesse preço contratual, não estão dispostos nenhum valor relativo à possíveis modificações, nem reposição do equilíbrio financeiro, além de possíveis prémios por antecipação, se for o caso. Em que pese tantas regras minuciosas sobre a composição dos preços estimativos ou contratuais, o tema é cercado de alguma nebulosidade, visto que o âmbito da realidade econômica interfere diretamente nessas composições.

Observa-se que a definição do preço do contrato traz pesos diferenciados para a escolha do valor final a ser adjudicado, e os critérios subjetivos que formatam cada item da composição e sua avaliação final são condicionadas à lisura dos procedimentos contratuais. Mas, em que medida o *Compliance* traz sua interface com os preços contratuais?

Recentemente a UE expediu uma comunicação²⁹² para seus Estados-Membros, na iniciativa de instituir em matéria de contratos públicos, um espaço que possibilite o acesso em um único local, dando maior transparência as despesas realizadas, esta medida é uma ferramenta de *Compliance*, à medida que trará maior controle das despesas, da destinação dos recursos dos fundos da UE, sua aplicabilidade, conformidade e integridade. A integridade como já referenciada nesse trabalho envolve, um conjunto de medidas que envolve “valores, regras e procedimentos de integridade” sendo a finalidade desse a prevenção, detecção, correção de possíveis situações que incidam quaisquer irregularidades (fraudes e corrupção). Deste modo, a plataforma a ser implementada pela UE tem esse objetivo. Mas, é importante destacar o que trará tal implementação em relação aos preços contratados, pois, a publicidade concentrada trará maior segurança na obtenção dos valores praticados pelos adquirentes públicos nos Estados-Membros, tendo em conta que poderá possibilitar um maior número de propostas por concurso, combater a colusão e a corrupção, bem como outros atos criminosos, através da detecção de padrões suspeitos.

Deste modo, todo arcabouço jurídico disposto no CCP, em especial o artigo 97º terá uma ferramenta aliada à consecução da lisura do processo. No que diz respeito ao equilíbrio económico-financeiro dos contratos administrativos em Portugal, nas palavras²⁹³ de Martins: “Como é sabido, na base do princípio do equilíbrio económico financeiro do contrato encontra-se instrumento de direito privado da alteração das circunstâncias”, coadunando com o artigo 437º, n.º 1, do Código Civil Português, presente também no Direito Administrativo.

Contudo, o tema se encontra disposto no artigo 282º do CCP, que assevera como pré-requisito a existência da repartição do risco entre as partes. Depreende-se do artigo disposto que o facto a ser invocado para o reequilíbrio deve alterar a base em que foi firmada, ou seja, a equação inicial, seus pressupostos, condicionando ao contraente público o conhecimento desses, ou não devesse ignorá-los.

O reequilíbrio a ser concedido tem como data inicial para contagem, a data da ocorrência do facto que provocou a alteração, sendo possível sua efetivação na falta de estipulação em contrato, em decorrência de várias circunstâncias, nos termos do artigo 282º, 3 e 4.

²⁹² COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO. Contratação pública: um espaço de dados para melhorar a despesa pública, impulsionar a elaboração de políticas baseadas em dados e melhorar o acesso das PME aos concursos (2023/C 98 I/01).

²⁹³ MARTINS, Licínio Lopes. **O equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo**: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199240, 2012

2.3.5. A Parceria para a inovação nos contratos públicos em Portugal

Por último, aqui disposto, e não menos importante, as regras estabelecidas nos contratos públicos acerca da escolha de parcerias para inovações, previstas no artigo 30º-A traz a possibilidade de a entidade adjudicante realizar uma parceria com o setor privado para trazer inovação ao setor público. Conforme preconiza o artigo citado, caso a entidade deseje realizar atividades inovadoras, poderá dispor na área de investigação e desenvolvimento de bens, serviços ou obras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade. O CCP estabelece em diversos dispositivos regras acerca da parceria para inovação, em especial, o artigo 218.º-A, o qual estabelece as fases para a parceria que vão desde a fase de apresentação das candidaturas, de apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento; de análise das propostas, além de outras regras acerca do anúncio da parceria para a inovação. Observa-se entre outras disposições que a parceria para inovação “não pode ser utilizada com o intuito de restringir ou falsear a concorrência”, este é o ponto em que se entrelaçam as áreas sensíveis aos programas de integridade. Portanto, o tema dos contratos públicos no CCP nos termos do artigo 1º, 1, aplica-se à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Suas regras e diretrizes sofreram interferências por meio das Diretivas Europeias, assim, muitos aspetos a serem observados, desde a fase de formação dos contratos, procedimentos, pré-contratual, tipos de peças processuais, regras de participação, modelos de propostas, júri, formas de adjudicação, exigências de documentos de habilitação, caução, celebração do contrato, execução contratual (capítulo III do CCP), tramitação processual, modificação, conformação contratual, inexecução, extinção, invalidade, entre outros temas.

Conciliando os temas, contratos públicos, especialmente os contratos administrativos juntamente com as diretrizes do combate à corrupção, tem-se em conta que em Portugal existe um agravamento quando da ocorrência de irregularidades nas contratações públicas. Tal situação, constatada mediante as possíveis sanções previstas na Decisão da Comissão que estabelece as orientações para determinação das correções financeiras a serem efetuadas nas despesas financiadas pela União por incumprimento das regras dos contratos públicos²⁹⁴. Observando que conforme o tipo de irregularidade constatada, haverá a correspondente dosimetria de penalidade, que no caso das compras públicas, dada a impossibilidade de quantificação com precisão, se considera a natureza e a gravidade da

²⁹⁴ POSEUR- PROGRAMA OPERACIONAL DE SUSTENTABILIDADE E EFICIÊNCIA NO USO DE RECURSOS. *EUROPEAN COMMISSION. Brussels, 14.5.2019 C (2019) 3452 final.*

irregularidade. Isto porque a UE financia muitos programas e projetos com a finalidade de melhorar a vida dos cidadãos na UE, assim como no resto do mundo.

Da análise dos relatórios da UE, trazem informações de que a conformidade dos Estados-Membros com o direito europeu não está bem adequada²⁹⁵, e mediante tal constatação a Comissão responsável, inicia o processo de aplicação de infração, cumprindo várias formalidades que se iniciam com uma notificação ao Estado -membro solicitando informações complementares, em caso de descumprimento, pode essa Comissão recorrer ao TJUE, que poderá aplicar sanções e em último caso, ainda caberá sanções financeiras, se permanecer o desatendimento. O Relatório anual, apresentado pela Comissão traz a informação acerca da adaptação dos Estados-Membros ao direito europeu, e é publicado no Painel de Avaliação do Mercado Único²⁹⁶. Deste modo, o acompanhamento da aplicação desses recursos é realizado por várias instituições, destacando-se a OLAF - Organismo Europeu de Luta Antifraude que realiza suas atividades por meio de inquéritos de forma independente acerca dos possíveis casos de fraude e corrupção que envolvam fundos da UE²⁹⁷. Entretanto, como visto, o CCP não traz de forma expressa os programas de *Compliance* nos contratos públicos em Portugal, na aquisição de bens, serviços e obras, pois não se verifica no texto tal obrigatoriedade de implementação de programas de Integridade, como foi implementado no Brasil, embora que em leis específicas de cada ente da federação brasileira, com a ressalva, da recente Lei 14.133/2021.

Portanto, considerando toda a arquitetura das informações dispostas que reúnem as premissas do combate à corrupção na UE, e seus Estados-Membros, tendo em conta ainda o TFUE, em especial os artigos 101º e 102º, em especial sua importante finalidade de garantir a lisura na Concorrência, não há como desvincular a necessária implementação de programas de *Compliance* no direito nacional português. Oportunamente, uma vez identificados os possíveis riscos e ou pontos sensíveis à corrupção, como os tópicos anteriormente levantados, é possível concluir que a exigência de programas de *Compliance* ou Integridade nos contratos públicos, em Portugal pode vir a ser implementado, considerando-os numa perspectiva pré-contratual e contratual. Deste modo, observando os princípios do CCP e das Diretivas da UE citados, resta implementar um controle mais específico dirigido as fases contratuais. Dois momentos se apresentam complexos na seara dos contratos públicos, na fase pré-contratual, pode se destacar a formação do preço (orçamento e sua repercussão) e na fase contratual (momento da

²⁹⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **O *Compliance* e os Estados Europeus**, p. 44.

²⁹⁶ Painel de Avaliação do Mercado Único. European Commission. Administração responsiva e carga de regulação (Portugal).

²⁹⁷ OLAF - Organismo Europeu de Luta Antifraude.

adjudicação e execução do contrato) destacam-se vários pontos sensíveis, como a manutenção da vantajosidade da contratação em relação ao preço e qualidade, modificações contratuais, situações estas possíveis de instauração de programas de *Compliance* a serem exigidos às cocontratantes.

No caso dos preços públicos, como já abordado anteriormente esses compõem a área de risco das mais sensíveis à atos de corrupção, então, duas preocupações se destacam, propostas com preços superiores ao preço base, e propostas anormalmente baixas, porém a diretiva no artigo 69º exige, nesses casos, que os operadores económicos expliquem os preços ou custos indicados na proposta. Os princípios do *Compliance* numa vertente preventiva, apresenta alguns princípios, como a antecipação, a prevenção, a deteção e a reação, trazendo como principais funções: o acompanhamento, verificação e observância do cumprimento das leis, normas, regulamentos, bem como dos princípios éticos e de normas de conduta. Sob esse aspeto, uma das funções do *Compliance* é implementar ações efetivas, atender ao princípio da segregação de funções, prevenir atos de corrupção e branqueamento de capitais²⁹⁸, etc. Todas essas premissas citadas estando presentes nas organizações se entrelaçaram nas suas relações contratuais, sejam com privados ou com área pública.

Por fim, o Capítulo IV da Diretiva 2014/24/UE traz as regras da execução dos contratos, no artigo, 70º e que sejam indicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso, respeitando-se as questões que envolve o objeto, como a natureza económica, inovação, ambiental, de ordem social ou de emprego. As regras de acompanhamento dos contratos diferem conforme o objeto, e no caso da subcontratação poderá haver responsabilidade solidária entre o adjudicatário principal e subcontratado nas regras de algum Estado-Membro. As regras contratuais no CCP são impactadas pelas Diretivas da UE, que devem ser transpostas para os Estados- Membros, ou seja, deve ser incorporada por esses Estados-Membros da UE, o que traz dificuldades de ordem prática no dia a dia dos contratos, mediante a quantidade de regras e sua constante alteração.

Conforme todo exposto, o CCP difere contratos públicos de contratos privados, regulamenta os contratos públicos e administrativos. Os contratos públicos administrativos aqui referenciados, decorrentes dos procedimentos previstos na legislação, e por essa “controlada”, está inserida no contexto de aplicação de recursos públicos, muitas vezes vultuosos, para atendimento do interesse públicos. Outro ponto destacado e de possível problema é a divisão artificiosa do contrato em lotes, no sentido de burlar a correta escolha do procedimento pelas entidades adjudicantes, o que é efetivado por meio da burla ao valor do contrato que em regra

²⁹⁸ JUNIOR, Felipa Marques e MEDEIROS, João. *A elaboração de Programas de Compliance*, p.125.

é o definidor do procedimento, sendo possível a exceção, apenas quando por critérios materiais específicos. Entretanto, o instrumento do *Compliance*, tema transversal, entrelaça na seara das contratações e exige mudança no comportamento daqueles responsáveis pela boa e correta aplicação dos recursos públicos, e, conforme se pode depreender, sua implementação ainda está aquém do ideal. Cita-se na jurisprudência, Acórdão importante no âmbito do TJUE²⁹⁹ que traz a formação de um contrato de empreitada de obras públicas, (porto na Lituânia), este com valor inferior ao limite estabelecido na Diretiva 2004/17, ferindo o critério transfronteiriço, em razão de não observância ao princípio da proporcionalidade, ao restringir a possibilidade de subcontratação (impedindo, ou tornando menos atrativa a participação de empresas estrangeiras). Também, foi detetado nesse Acórdão³⁰⁰ a modificação substancial das regras estabelecidas no Caderno de Encargos, e não publicação aos interessados, antes da apresentação das propostas e em terceiro lugar, indica a exigência de uma “mera correspondência aritmética entre a contribuição de cada membro do agrupamento para cumprir as exigências em matéria de capacidade profissional” relativamente á execução de cada um, o que pode causar a participação de uma parte sem qualificação adequada. As questões acima descritas, trazem as situações exemplificativas de irregularidades que ocorrem de forma sistemática na formação dos contratos públicos, seja em nível nacional ou transnacional.

²⁹⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. - TJUE de 05/04/2017, P.C-298/15. Revista de Contratos Públicos. Ed. CEDIPRE. Dir. Pedro Costa Gonçalves nº 16, p.169-173.

³⁰⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. **Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia**. - TJUE de 05/04/2017, P.C-298/15. Revista de Contratos Públicos. Ed. CEDIPRE. Dir. Pedro Costa Gonçalves nº 16, p.173

CAPÍTULO III – VISÃO SISTÊMICA DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO NO BRASIL

3. DIRETRIZES DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Este capítulo abordará os principais conceitos e procedimentos da legislação brasileira de contratos públicos em que se verificará o instrumento do *Compliance* frente aos riscos contratuais. Nesse compasso, segue-se os principais dispositivos da legislação sendo observado o processo de formalização dos contratos públicos no Brasil, as suas fases, procedimentos, além da importância do Compliance no combate a corrupção.

Os processos de licitações e contratações públicas no Brasil são regidos por várias legislações esparsas, porém, tendo como Lei Geral, a Lei nº 8.666/93, e mais recentemente, a Lei nº 14.133/2021, com vigência simultânea.

3.1 Análise dos principais dispositivos da legislação brasileira

Conforme disposto, ambas as leis gerais, seguem uma divisão processual, dividido em duas etapas: a fase interna e a fase externa do processo de contratação. É sabido que a fase interna é constituída por todas as atividades a serem executadas (...) “após a definição da viabilidade do empreendimento por meio dos estudos preliminares e anteprojeto até a publicação do edital”, visando a contratação, para obtenção da melhor proposta³⁰¹. A fase pré-contratual definida em Portugal equivale na legislação brasileira ao momento preparatório da contratação e inclui a fase de seleção do fornecedor (licitação).

A Lei Geral de Licitações vigente há trinta anos, desde 1993, e ainda em vigor até 29.12.2023³⁰², estabelece modalidades de licitação (procedimentos) em que não está prevista, a modalidade do Pregão, esta prevista em lei específica (Lei 10.520/02). Porém, todas essas leis citadas, serão revogadas em 29.12.2023, passando então, a valer uma Lei Geral nº 14.133/2021, a qual traz inserida no seu texto legal a modalidade do Pregão, antes separada.

Ocorre que as fases pré-contratuais nas Leis Gerais citadas, envolve do mesmo modo, quando a licitação é realizada por uma modalidade denominada de pregão³⁰³ que (...) “inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública empreende

³⁰¹ ALTONIAN, Cláudio Sarian. **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**: (Legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015). Fórum, p.150

³⁰² MEDIDA Provisória nº 1.167, de 21 de março de 2023. Diário Oficial da União. Edição: 63-C. Seção: 1 - Extra C de 31.03.2023.

³⁰³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 95.

planejamento e estudos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições para participar dela, elaborando o instrumento convocatório, denominado edital”, este sendo o instrumento que irá regulamentar o procedimento. No entanto para Mendes, Renato Geraldo afirma que³⁰⁴ (...) “o processo de contratação pública é estruturado em três fases distintas, mas, estritamente relacionadas: planejamento, seleção da proposta e contratual”, e, afirma ainda que a fase inicia, com o planejamento (preparatória ou interna) a qual se destina à identificação da necessidade.

Nesses termos, serão definidos os encargos (responsabilidades) e deverá ser realizada uma análise e redução dos riscos envolvidos na futura contratação, assim, como, definir todas as regras de disputa do edital³⁰⁵. Furtado, Lucas Rocha³⁰⁶ chama a atenção para fase interna da licitação, como àquela (...) “que se realiza antes de ser publicado o edital ou de ser feita a divulgação do convite”. E entende que existe muita coisa a ser feita antes da divulgação do instrumento convocatório, nessa fase da licitação. Para fins de análise, Santos, José Anacleto Abduch entende que o processo licitatório pode ser dividido em três fases distintas, estas que poderão repercutir juridicamente de várias formas, partindo da fase preparatória, com a necessidade de contratar, definição do objeto, e a necessária instauração da seleção pública para o atendimento do objeto. Seguido da fase externa, que será iniciada com a publicação do edital, e finalizado com a adjudicação do objeto pretendido e sua homologação.³⁰⁷

Para melhor visualização do processo de contratação pública, traz-se a ideia da planificação do processo em uma linha, denominada linha do tempo do processo³⁰⁸, esta linha divide o processo basicamente em três etapas sendo, que a principal delas é a fase interna por trazer as regras pré-contratuais responsáveis pelas diretrizes da futura contratação. Desse modo, as regras constitucionais, legais, os princípios, diretrizes, conceitos e definições são destaques importantes a serem considerados na preparação do processo, aliando-se as regras estabelecidas nas Leis. Destaca-se que na fase interna do processo, são tomadas várias decisões de ordem administrativa, e conforme assevera Santos³⁰⁹ tais decisões são tomadas (...) “em um contexto que conjuga conceitos indeterminados com caráter polissêmico (de ordem jurídica ou não),

³⁰⁴ MENDES, Renato Geraldo. **A Formação do Contrato Administrativo**, p. 102.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**, p. 278.

³⁰⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. **As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.

³⁰⁸ FURTADO, Madeline Rocha et al. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática**, p. 158.

³⁰⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. **As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.

disposições normativas expressas e uma pluralidade de opções fático administrativas”. Considerando a sistemática do processo, tendo sua lógica a realização de ato administrativo que materializa o princípio da publicidade das regras definidas no ato convocatórios, pelas quais haverá a disputa pelo futuro contrato, será encerrada a fase interna do processo e inaugura a fase externa do processo. Esta fase se dá com a apresentação e o julgamento dos documentos e propostas³¹⁰.

Em linhas gerais, pode se destacar que a fase interna foi amplamente resinificada pelo destaque da inserção do princípio do planejamento nessa fase, de forma expressa, constituindo-se assim em um dos pilares fundamentais da nova Lei de Licitações³¹¹. Entretanto, alterações foram inseridas na fase de seleção (procedimental) e na fase de contratação e os dispositivos mais impactados foram: a fase pré contratual ou preparatória, pela produção de vários artefactos (documentos) que vem inserindo gradativamente alguns elementos de Governança³¹² (Planejamento, estratégia, controle, liderança). As questões referentes as necessidades de análises de riscos, e a incipiente introdução aos programas de integridade na nova Lei de Licitações, inicia uma fase diferenciada nas contratações. Deste modo para que haja um governo eficiente e eficaz, este deve produzir resultados de interesse público, ao contrário, se não garante tais resultados, não há governabilidade nem governança³¹³. Já na fase de seleção do fornecedor, foram trazidas novas exigências de documentos de habilitação (qualificação técnica) mas, em especial, destacam-se os novos ritos que trazem mais celeridade ao processo, seguidos de novos procedimentos auxiliares³¹⁴.

A metodologia de alteração dos contratos permanece a mesma, incluindo o motivo de rescisão, que agora troca a terminologia para “extinção”, nos termos do artigo 137 (capítulo VIII), os quais sofreram algumas alterações pontuais. Entretanto, mudança significativa se verifica na aplicação das penalidades, em matéria processual, e de forma significativa a criação de um Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP (sítio eletrônico) que resinifica a forma de publicidade e transparência das licitações e dos contratos em todo país, este PNCP está previsto no artº. 174 da Lei nº 14.133/2021, e é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação

³¹⁰ PEREIRA Junior, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. **Competência e responsabilidade dos elaboradores de ato convocatório de licitação e seus anexos.**

³¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**, p. 440.

³¹² DECRETO nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Cf. (...) “Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se: I - governança pública - 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”.(...)

³¹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **As licitações e contratações públicas no cenário da governança eletrônica.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 77, maio 2008.

³¹⁴ LEI 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F**, p. 2. Ver: art. 78 da Lei acerca dos procedimentos auxiliares.

centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos³¹⁵. Em termos de cláusulas contratuais destaca-se como novos paradigmas na realização de contratos públicos; uma nova cláusula contratual, definidora da matriz de riscos e a implementação de programas de integridade (parcial) e os meios alternativos de solução de controvérsias³¹⁶.

3.2 A fase pré-contratual dos contratos públicos nas legislações em vigor

A Lei nº 14.133/2021, destaca a necessidade de vários artefatos a serem produzidos nessa fase, como por exemplo, a instituição de um documento, denominado de plano de contratação anual, em que se prevê as necessidades de aquisições de bens, serviços e obras para o exercício orçamentário subsequente (inciso VII do artigo 12). Mas a grande mudança vem na fase pré-contratual com a elaboração de um ETP que tem a finalidade de evidenciar o problema que origina a contratação, e que deverá ser resolvido com a futura contratação (inciso I do artigo 18). O documento que traz a definição da solução a ser encontrada, é denominado na legislação brasileira, de TR ou PB (inciso II do artigo 18). Deste modo, outras atividades procedimentais são realizadas, e se acumulam, como a realização de uma pesquisa de preços ao mercado privado (inciso III do artigo 18), observando o tema complexo que é a formação do preço, do mesmo modo que se apresenta no direito português, ou seja, definição do valor estimado do futuro contrato, com base nessa consulta. Sobre todo esse aparato levantado, cabe realizar uma análise de riscos (inciso X do artigo 18) por meio de instrumentos que permitam o gerenciamento, e assim, no preparo da contratação futura, elaborar os demais documentos pertinentes a escolha do fornecedor, seja por meio da licitação e suas modalidades na legislação brasileira, como por meio do concurso público, no caso de Portugal, ou ainda sem concurso público, e no caso do Brasil, contratação direta.

Entende-se deste modo que a fase interna ou preparatória está delimitada na linha do tempo do processo, na etapa inicial e tempo 1, esse definido na referida linha³¹⁷, na qual se exige a reunião de diversas atividades e atores. Esse momento exige uma “maior integração entre os setores que demandam/especificam e a área de compras”, pois todo esse aparato se

³¹⁵ PNCP- O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), conforme dispõe o art. 174 da Lei nº 14.133/2021, é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

³¹⁶ LEI 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F.** Edição: 61-F, p. 2. Ver art. 92 da Lei acerca das cláusulas contratuais essenciais.

³¹⁷ FURTADO, Madeline Rocha et al. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática**, p. 157.

traduz em variados documentos e cláusulas editalícias e pré-contratuais³¹⁸ e maior necessidade de controle, com a inserção do documento que irá mapear os riscos da contratação, denominado na lei de matriz de riscos definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes.

Essa matriz caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, e define algumas informações para o futuro gerenciamento dos riscos, em caso de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

3.2.1. O planejamento como ferramenta de controle prévio

O princípio do Planejamento é o protagonista da fase pré-contratual da nova Lei de Licitações e Contratos (14.133/2021), o que se percebe é que esse princípio já estava inserido no âmbito da contratação pública brasileira, sendo presente em vários outros normativos ³¹⁹.

No âmbito do Poder Executivo Federal foi criada uma ferramenta informatizada para elaborar e acompanhar as contratações. Aqui se destaca a mudança de paradigmas significativa entre as Leis (8.666/93 e 14.133/2021), estabelecendo um divisor de águas nas tarefas que precedem a contratação, pois o referido Estudo tem o condão de robustecer as motivações da necessidade levantada, na busca de melhores resultados, trazendo não só eficiência, mas, a eficácia nas contratações públicas, incluindo as contratações sustentáveis, entre outros, como a observância as regras de Governança³²⁰ e em especial com a Governança organizacional³²¹.

É importante trazer essas questões circundantes pois, o planejamento exigido acaba sendo o arcabouço necessário ao controle, este elemento de Governança em consonância com o princípio basilar a eficiência, este inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo os procedimentos inserido por meio de decreto governamental³²². Uma vez instituído,

³¹⁸ Idem, p. 168.

³¹⁹ DECRETO-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da União - Seção 1. - Suplemento - 27/2/1967, Página 4 (Publicação Original). Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

³²⁰ LEI 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F.** Edição: 61-F, p. 2. Ver (...) “Art. 19”.

³²¹ TRIBUNAL de Contas da União - TCU. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas. Governança Organizacional.** (...) “Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, entende-se por: I - governança organizacional: mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução do TCU em relação às suas atividades político-institucionais e serviços de interesse da sociedade”(...).

³²² DECRETO nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022. **Diário Oficial da União. Seção: 1.** Edição: 18, p. 1. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Ver art. 1º inciso (...) “VII - PGC - ferramenta informatizada integrante da plataforma do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - Siasg,

consolidado e aprovado pela autoridade competente, torna-se a ferramenta a ser monitorada pelos órgãos fiscalizadores.

3.3 Procedimentos para formação dos contratos públicos na Lei Brasileira

Nos termos do artigo 12 da Lei nº 14.133/2021, o processo de contratação segue alguns requisitos que envolvem a necessidade de instrumentalização por escrito, não verbal, em regra, permeado por consultas ao mercado acerca dos valores da contratação, e atendimento às formalidades processuais, de prazos e autenticidade de documentos. Considerando o avanço da tecnologia no Brasil, os atos relativos aos contratos são preferencialmente realizados de forma digital, contemplando a segurança necessária e validação. Nessa linha de raciocínio considerando a necessidade de instrumentalização processual, a Lei estabeleceu um rol de documentos a serem produzidos na fase interna do processo, que se inicia com o documento de formalização de demandas. Seguido de informações pertinentes ao objeto pretendido, sua caracterização, modalidade de licitação, e demais informações necessárias à plena execução contratual.

Para melhor compreensão, o rito³²³ da contratação foi definido no art.º. 17 da Lei 14.133/2021, que permite uma maior celeridade na escolha do futuro contratado (fase de seleção) em que se inverte a ordem dos atos processuais (habilitação e julgamento). De modo que o rito comum em que se inicia com a fase preparatória traz, a elaboração das peças processuais, quias sejam: formalização da demanda pela área requisitante, ETP, seguido do TR ou PB, seguido da minuta do edital, minuta do contrato e demais anexos pertinentes à contratação³²⁴, como planilhas, plantas, cronogramas, etc. Esta etapa está prevista no artigo 18 e seus incisos. A documentação produzida no decorrer do processo tem como finalidade comprovar os requisitos da contratação e o interesse público envolvido.

disponibilizada pelo Ministério da Economia, para elaboração e acompanhamento do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades de que trata o art. 1º.” (...)

³²³ LEI n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F.** Edição: 61-F, p. 2. Ver. (...) “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.” (...).

³²⁴ Idem. CF. Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: (...) “I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;” (...) “V - a elaboração do edital de licitação; VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação.” (...).

3.3.1. Contratações sem licitação ou Contratação Direta

A Constituição Federal indica que as contratações públicas, observado os princípios constitucionais previstos no artigo 37, deverão ser precedidas de licitação, salvo nos casos em que a lei autorize³²⁵. Ambas as leis de licitação brasileiras trazem como regra geral para as aquisições públicas, o firme propósito de licitar, ou seja, a regra é licitar para alcançar maior competitividade e consequentemente, maior economicidade, e melhor aplicação dos recursos públicos. Na legislação consta duas formas de contratar de forma direta: por dispensa de licitação e por inexigibilidade de licitação, termos esses não utilizados na legislação portuguesa.

Em que pese forma da contratação ser direta, ou seja sem procedimento de seleção aberto em que há uma efetiva disputa, existe uma seleção específica baseada nos requisitos legais que fundamentam os dispositivos.

3.3.2. Dispensas de Licitação e Inexigibilidade: conceitos doutrinários

No Brasil as Dispensas de Licitação e Inexigibilidades são regradas no artigo 24 e 25 da Lei 8.666 e a partir do artigo 72 a 75 da Lei (14.133/2021). Assim, são mantidas as diretrizes legais com algumas pequenas alterações na lei nova. O que se tem de fato é que as possibilidades de contratação direta, seja por Dispensas ou Inexigibilidade traz diferenças em seu enquadramento, de modo que as dispensas trazem elenco de situações específicas, constituindo um rol exaustivo, em que o gestor público precisa estabelecer o nexo causal da contratação ao fundamento legal. No caso das contratações por Inexigibilidades, estas são consideradas todas àquelas situações em que não há possibilidade de competitividade, tornando difícil a mensuração do objeto, pelas suas características de especificidades únicas ou mesmo singulares. São elencadas nas leis situações que podem envolver objetos diferenciados, desde bens, serviços e obras, mas que se destacam pela sua característica de unicidade, a exemplo das contratações em razão de fornecedores exclusivos, ou de serviços técnicos especializados ou objetos que envolva a contratação de artistas. No caso das contratações diretas, o artigo 73 da Lei 14.133/2021 traz de forma expressa a responsabilidade do agente público e da contratada, se ocorrer a contratação de forma irregular, mediante dolo, fraude ou erro grosseiro (art. 337-E do Decreto nº 2.848, de 07.12. de 1940 -Código Penal).

³²⁵ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro, p. 1.

3.3.2.1. As contratações diretas na Nova Lei de Licitações Brasileira

A Nova Lei de licitações não trouxe grandes inovações no que se refere as Dispensas e Inexigibilidades, assim, é possível indicar os pontos principais de alteração. O fato é que essas continuam recebendo de forma geral o mesmo tratamento na Lei, entretanto, quando se refere ao processo e sua formalização, inova com um rol de conteúdo mínimo no artigo 72 da Lei nº 14.133/2021.

3.3.2.2. Regras para a licitação na Lei nº 8.666/93 e as mudanças trazidas pela NLLC-Nova Lei de Licitações e Contratos.

As regras de dispensa foram estabelecidas nos artigos 17, 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93, e essas seguem alguns critérios de delimitação da contratação, seja, por alienação de móveis e imóveis, seja, em razão do valor, do objeto, da circunstância e da pessoa do contratado.

No caso específico das aquisições por Dispensa, é importante ressaltar que as Leis em vigor, estabelecem limiares para as contratações diretas em razão do valor. O que enseja grandes cuidados para que não haja fracionamento de despesas. Deste modo os valores das modalidades de licitação são enquadrados em um patamar limite, e a dispensa corresponde a dez por cento desses limites na Lei antiga, sendo alterada na Lei nº 14.133/2021, para limites fixos, que são reajustados por índice governamental. Quando se refere às Inexigibilidades essas se caracterizam basicamente pela ausência de competitividade, nos termos do artº. 72 da Lei nº. 14.133/2021, assim permanece a mesma diretriz, entretanto, estas se consolidam em três aspectos, exclusividade na prestação do serviço e fornecimento do bem; na prestação de serviços técnicos especializados e na contratação de atividades do setor artístico. A Lei nova (14.133/2021) trouxe algumas alterações, desde inclusão expressa da contratação de “serviços exclusivos”; novos tipos de serviços técnicos especializados; altera indicativo da “exclusividade”, deixando a forma de comprovação aberta, que pode ser mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo.

A Lei nova insere entendimento pacificado pela jurisprudência consolidada do TCU acerca da exclusividade do empresário do artista, este que só poderá ser contratado de forma direta, se for exclusivo do artista. A Lei de Licitações, traz também traz uma novidade quanto a retirada do termo “Singularidade” da notória especialização dos serviços, quando da contratação direta de serviços técnicos especializados, anteriormente exigida³²⁶; o que traz uma

³²⁶ LEI nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F.** Edição: 61-F, p. 2.

discussão jurídica importante, pois, se faz necessário compreender o significado da autorização legislativa do que é realmente inviabilidade de competição, sem que seja necessariamente único.

3.4. Tipos de contratos

Ambas as Leis brasileiras de Licitações e Contratos, contemplam contratos administrativos trazidos que tem como objeto, bens, serviços e obras. E diante dessa escolha será contratado mediante os regimes de execução direta ou indireta, com regime de execução: global ou unitário, em regra, entretanto, a Lei nº 14.133/2021³²⁷ já traz um modelo diferente, pois, inclui outros tipos de contratos, que inovam a metodologia de execução, inserindo a contratação integrada, semi-integrada. Essas estão definidas no artigo 6º da Lei citada, e trazem a possibilidade de transferir a elaboração dos projetos de obras e serviços de engenharia para o empreiteiro que irá executar, o que não é permitido na antiga lei de licitações. Entretanto, para fins de gerenciamento de riscos, a Lei 14.133/2021, e consequentemente, a possível instituição de um programa de integridade, a existência de uma matriz de responsabilidades, denominada matriz de riscos, define as responsabilidades futuras em caso de haver desequilíbrio na equação econômica financeira, conforme artº 103 c/c artº 22, § 3º, além das obras de grande vulto. As contratações integradas e semi-integrada traz mais liberdade para o empreiteiro, que pode desenhar os projetos e executá-los, mas, enseja muitos cuidados, por isso, a exigência da matriz de riscos

Outro tipo de contrato inovador são os contratos de eficiência, por exemplo, onde se pode efetivar uma contratação com remuneração variável e com possibilidade de gerar economia e até mesmo gerar receita, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada. Mais uma vez, chama-se atenção para a observância de procedimentos que permitam, a identificação de riscos de forma prévia, e sua monitoração.

3.4.1 Cláusulas essenciais nos contratos públicos brasileiro

³²⁷ Idem. Ver (...) “Artº. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - empreitada integral; IV - contratação por tarefa; V - contratação integrada; VI - contratação semi-integrada; VII - fornecimento e prestação de serviço associado.”(...).

As cláusulas essenciais nos contratos públicos estão presentes em ambas as leis brasileiras, assim, em que pese a sua iminente revogação, ainda será objeto de convivência por no máximo sessenta meses, ou até quem sabe, 72 meses, após a sua assinatura, em razão do prazo de vigência de seus contratos, entretanto, a Lei 14.133/2021, trouxe um rol muito próximo do que existe hoje, no artigo 92, com algumas alterações importantes, que vão desde a duração dos contratos que passam a ter vigência inicial de até cinco anos podendo ser prorrogado até dez, além, de possibilitar a aquisição de materiais (bens móveis) de forma continuada, nos termos do artº. 6º, XV que trata dos serviços e fornecimentos contínuos, com o mesmo prazo de prorrogação dos serviços continuados, até dez anos (artº 107). Destaca-se ainda a existência de cláusula com modelo de gestão de contratos, além de uma cláusula que insere o critério de reajuste como obrigatório, ratificando o entendimento já pacificado, entre outros. Paralelamente, a Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021 destaca-se de forma contundente a predominância do poder e supremacia da Administração Pública por meio das *cláusulas contratuais exorbitantes*, diferentemente do regime das Estatais (Lei nº 13.303/2016), o qual predomina a consensualidade e os princípios do direito privado, ressalvadas algumas peculiaridades.

3.4.2. O preço do contrato e as possíveis alterações de valor

O Preço, é um dos temas mais difíceis na esfera contratual, isto por que, e determinante para a boa ou má execução do contrato. Soma-se a essa questão, uma outra mais complexa, que é a equação econômico - financeira do contrato e seu equilíbrio. Pois bem, o preço tem uma característica importante a ser considerada, que é a sua formação, este ponto é o mais relevante, porque, à medida que se estabelece os critérios para a composição de custos de uma contratação, se fundamenta então o balizamento do preço final. Entretanto, a leis brasileiras de contratos³²⁸ denotam as possibilidades de alteração do valor contratual em razão de acréscimos ou supressões quantitativas e qualitativas (no artigo 24, I, “a e b”); em decorrência de situações previstas (inflação e correção monetária, artigo 92 § 3º da Lei nº 14.133/2021³²⁹, observando que no Brasil, os reajustes contratuais se originam na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001 por meio da utilização de índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, a serem previstos no

³²⁸ LEI 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F**, p. 2.

³²⁹ Idem. Ver. (...) “§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos”.(...).

contratos. Também poderão ser alterados os valores contratuais em razão de situações previstas ou imprevistas, porém de consequências incalculáveis que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, nos termos do artigo 124, II, “d” da mesma Lei³³⁰. A Lei nº 14.133/2021 prevê como forma de reajuste, o instituto da repactuação quando se tratar de serviço de natureza continuada com cessão de mão de obra³³¹, entendendo-se esta como os serviços em que os empregados da contratada ficam à disponibilização do tomador de serviços (Contratante público).

3.4.3. A execução contratual, a gestão e a fiscalização.

O tema gestão e fiscalização de contratos traz consigo uma necessidade de entendimento e compreensão da metodologia de execução contratual, pois, sem esse conhecimento, não se terá clareza na gestão e fiscalização. A gestão e a fiscalização contratual nas Leis de Licitação brasileira trazem sob sua ótica, o necessário olhar do processo no sentido macro, o que se traduz em conhecimento das nuances processuais, visto que as materializações do planejamento, no início do processo com a realização dos estudos técnicos, trarão a performance da contratação e o aperfeiçoamento da execução contratual. Observa-se que tais atividades desenham o modelo de execução contratual, a ser fiscalizado conforme o modelo de gestão contratual (artº 92º, XVIII). Para a realização de tarefas de gestão e fiscalização a serem exercidas pelos agentes públicos – porém, com possibilidade de ser auxiliado por terceiros contratados-, algumas ferramentas podem ser utilizadas, como: check lists; modelos ou templates; padrões de contratos; mapa de riscos; acompanhamento pormenorizado da documentação habilitatória; ANS- Acordo de Nível de Serviços, entre outros, a depender do tipo de contrato executado. Para implementar a própria gestão contratual, e reduzir os riscos na contratação, a nova Lei de Licitações de forma bem incipiente, introduziu o Programa de Integridade, em três momentos específicos no processo: nas contratações de grande vulto³³²

³³⁰ Ibidem. Ver. (...) “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”.(...).

³³¹ Idem. Ver (...) “Art. 6º, LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra”.(...).

³³² A Lei 14.133, prevê a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, mas, não exige como habilitação.

conforme artigo 6º, XXII)³³³; como critério de desempate das propostas³³⁴; como critério de atenuação de penalidade nas contratações³³⁵.

No que diz respeito à aplicação da sanção referente às irregularidades previstas no inciso VIII –“ apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato” e a infração prevista no inciso XII- “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”, essas exigirão como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável. Aqui se identifica a maior dificuldade de ordem prática, porque uma vez que não se tem uma Lei específica que estabelece a metodologia do sistema de *Compliance* nos contratos públicos, resta definir as regras, em cláusulas contratuais específicas a forma de apresentação desses, consolidando as regras do capítulo VI do Decreto regulamentador da Lei anticorrupção no Brasil, o Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022.

3.5. O impacto da exigência do *Compliance* nas contratações públicas

O *Compliance* pode ser entendido como um sistema que transcende várias áreas do conhecimento, presente também no setor público. Assim, pode ser aplicado em diversas atividades, que se mostrem sensíveis à variáveis, sejam estas, riscos de desconformidade com as regras, bem como, a exposição a situações que comprometam a integralidade. Muito embora, o setor público se autorregule, e disponha de inúmeros mecanismos de controle, ainda assim, o instrumento do *Compliance*, traz a importante missão de estabelecer um sistema de proteção à instituição, como uma couraça que reveste o meta-processo. Sendo então o sistema aplicável à área dos processos licitatórios e contratuais, tanto na fase interna como externa, poderá haver no momento da tomada de decisão, algum conflito de interesses entre o Órgão Licitante e a empresa (fornecedor/empreiteiro). Essas situações além de serem regulamentadas por meio de normas gerais e específicas no âmbito público, englobando a responsabilidade “in eligendo e

³³³ O valor em referência tem alteração anual, mediante decretos regulamentadores, a exemplo do DECRETO nº 11.317, de 29 de dezembro de 2022 que atualizou o valor em \$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos).

³³⁴ LEI 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União. Seção: 1 - Extra F** [em linha]. Publicado em: 01/04/2021. Edição: 61-F, p. 2. Ver (...) “Art. 60”. (...) “IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.(...)”.

³³⁵ Idem, Cf. art. 156, V.

in vigilando”, são também abarcadas pelos Programas de Integridade previstos na Lei Anticorrupção³³⁶.

A Lei nº 12.846 citada insere no mundo jurídico de forma expressa a responsabilidade da pessoa jurídica nos âmbitos administrativo e civil, mediante a constatação dos atos lesivos previstos na Lei quando praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, inclusive não eximindo da responsabilidade individual, os responsáveis (dirigentes ou administradores) na medida da sua culpabilidade. Nesse panorama quando da aplicação da penalização³³⁷ serão considerados vários fatores possíveis de avaliação para sua dosimetria, como por exemplo, gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, entre outras. Deste modo, nos termos da Lei, o parágrafo único do artigo 7º, previu regulamentação pelo Governo Federal acerca da avaliação dos mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput. Tal regulamentação³³⁸, trouxe capítulo específico (Cap.V) o Programa de Integridade, no artigo 56.

Paralelamente, destaca-se que no Brasil existe uma outra lei de combate à corrupção e a improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92, que traz as definições importantes. Essa Lei sofreu significativa alteração em 2021, pela Lei nº 14.230/2021, e com isso, apenas condutas podem ser responsabilizadas, necessita de dolo específico (conhecer e querer), reduz o grau de discricionariedade dos legitimados em propor a ação, entre outras mudanças³³⁹. Deste modo, os artigos (9º, 10 e 11) trazem o rol de atos de Improbidade Administrativa e as penas definidas no artigo 12, além das penas penais, civis e administrativas.

Assim, os Programas de Integridade têm a finalidade de disciplinar o comportamento dos agentes públicos nos aspetos em que se cruzam interesses antagônicos no ambiente organizacional. Observa-se que o Decreto traz dois critérios a serem observados pela Administração Pública Federal quanto à avaliação do Programa de Integridade no artigo 57, um quanto à existência e outro quanto à sua aplicação, assim, constatada a existência do programa vários parâmetros balizarão a sua aplicabilidade desde o nível de comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, como, os padrões de conduta, os código de ética as políticas e

³³⁶ LEI nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**. Edição 148, Seção: 1, p. 1. Ver. (...) “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

³³⁷ Idem, Cf. art. 7º da Lei.

³³⁸ DECRETO nº 11.129, de 11 de julho de 2022. **Diário Oficial da União**. Edição: 130, Seção:1, p. 1.

³³⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* A Nova Improbidade Administrativa, p. 36-39.

procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida, podendo se estender a terceiros.

As avaliações dos programas de Integridade envolvem também, a existência de treinamentos, inclusive, no que se refere a implementação do próprio programa de integridade.

Outros parâmetros citados na Lei envolve o gerenciamento dos riscos envolvidos nas atividades organizacionais, especialmente no que se refere as atividades que envolvem recursos financeiros, registros contábeis. Porém, considerando a abordagem específica das contratações públicas, o Decreto regulamentador traz importante inciso sobre a necessidade da existência de “procedimentos específicos”, os quais destaca-se: procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios; procedimentos específicos na execução de contratos administrativos; procedimentos específicos para tratar “qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões”, trazendo deste modo uma camada de proteção em áreas suscetíveis à riscos. O Decreto exige alguns critérios para os Programas de Integridade, que vão desde a necessária autonomia dos responsáveis pela aplicação do programa; a implementação de canais de denúncia, com a divulgação e proteção dos denunciantes de boa-fé. Não se pode esquecer da necessária implementação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, pois sem essas, não haveria sentido impô-las, e as demais providências referentes à sustação das irregularidades ou infrações constatadas. Algumas questões trazidas nos procedimentos do artigo 57, XIII do Decreto, se referem a necessidade de diligência baseadas em riscos, dispostos nos programas de integridade, nos contratos, envolvendo terceiros, fornecedores, consultores, etc; assim como contratação envolvendo familiares, patrocínios, entre outros.

Portanto, os parâmetros citados na existência e avaliação dos Programas de Integridade, conforme o regulamento, trazem ainda a necessária verificação de possíveis irregularidades ou ilícitos nos processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, bem como, a obrigatoriedade de monitoramento contínuo do programa desses Programas. Somam-se a todos esses parâmetros outros itens a serem considerados, como, a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; o faturamento, a estrutura de governança corporativa, entre outros, como, a utilização de consultores ou representantes comerciais; o setor do mercado em que atua; os países em que atua. Durante a execução contratual, além de todas as ferramentas disponíveis para a gestão e fiscalização desses, paralelamente a Lei nº 12.846/2013 exerce uma força correlata e quando se trata da possível responsabilização da pessoa jurídica, além daquelas sanções já definidas na Lei de licitações e contratos.

Oportunamente, o Decreto regulamentador, nº 11.129/2022 traz a exigência da consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CNES e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, conectando com os dispositivos das leis que regem as licitações e os contratos administrativos no artigo 58 e 59, os quais conterão as informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa. Tais sanções de forma simplificada, são: suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública; impedimento de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, conforme a Lei específica. Para o CNEP, este trará as informações acerca das sanções impostas decorrentes da Lei Anticorrupção e ao descumprimento de acordo de leniência, este acordo que traz alguns benefícios a pessoa jurídica signatária, resultando em diferenciados e variados efeitos, disposto no artigo 50, que vão desde a isenções de obrigações, e proibições, redução de valores de multa, ou a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nas legislações. Os procedimentos de apuração de responsabilidade administrativa de pessoa jurídica, serão realizados por meio de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, bem como, por meio do Acordo de leniência, nos termos da Lei anticorrupção. Entretanto, existem Acordos de leniência também na Lei nº 12.529/2011 – Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Concorrência. O CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, publicou o Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência), este Guia traz uma série de iniciativas que objetiva “detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica”, incluindo a prestação de informações e orientações as empresas e os cidadãos, acerca da lei supracitada. Conforme assevera o Guia, o Acordo definido na legislação Concorrencial se direciona as situações de prática de cartel³⁴⁰.

3.5.1. As exigências de *Compliance* pela Administração Pública no âmbito dos Estados e Municípios brasileiros.

³⁴⁰ Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, p.14. Conforme definido no Guia, o cartel existe: “quando empresas concorrentes se coordenam e realizam acordos com o objetivo ou com a potencialidade de produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de: (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; e (IV) exercer de forma abusiva posição dominante (art. 36, caput, I a IV da Lei nº 12.529/2011).

Após a publicação da Lei nº 12.846/2012, vários estados e municípios brasileiros, publicaram suas leis e regulamentos no combate à corrupção, e ao “custo propina”, nos valores dos contratos, decorrente da falta de planejamento³⁴¹, trazendo enormes prejuízos para a sociedade, de modo que essas situações têm sido o motivo do impulsionamento ao combate à corrupção. Situações diversas influenciam nas contratações, como falta de transparência, informações editalícias equivocadas, ausência de conhecimento dos responsáveis pelo processo de contratação, superestimativas de custos, entre outras interferem na fase de planejamento. A mudanças nos processos de contratação são necessárias, não só a publicação de leis anticorrupção, mas, a transformação digital desempenha papel importante no combate a corrupção. Sabendo-se que a corrupção no Brasil e na América Latina está em ascensão e de acordo com as pesquisas dispostas no portal da Transparência Internacional³⁴², a população dos países da América Latina e do Caribe (53%) entende que a corrupção aumentou em seu país nos últimos 12 meses, 11% pagaram suborno para obter serviços públicos nos últimos 12 meses, 20% sofreram ou conhecem alguém que sofreu extorsão sexual e 40% receberam oferta de suborno em troca de voto.

Um dos programas do Portal da Transparência Internacional³⁴³ (Brasil) trata exatamente do controle da corrupção no nível local, tendo em conta que existe uma grande “disparidade entre os mecanismos nacionais (nível federal) e subnacionais (níveis estadual e municipal)”. Desse modo, as regulamentações da lei Anticorrupção nos Estados e Municípios brasileiros, representam um grande avanço no Brasil. Assim tem-se várias legislações, por exemplo, a Lei Estadual nº 7.753/2017 que determina a implementação de Programas de *Compliance* para as empresas que tenham relação contratual com a Administração, seguida de outras como, a do Distrito Federal (Lei nº 6.112/2018), Rio Grande do Sul (15.228/2018), entre outras. Além dos Estados e Municípios, a APF também tem iniciativas, como a Portaria nº 877 do MAPA- Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Petrobras.

Sem adentrar no conteúdo das leis municipais, uma pode se exemplificar, a Lei nº 7.753/2017, do Rio de Janeiro, que traz o programa de integridade bastante robusto, o qual insere vários requisitos a serem observados no Programa de *Compliance*, (artigo 4º da Lei), como: o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica; a existência de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, com ampla aplicabilidade; treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; análise de riscos; etc. além de

³⁴¹ Castro Rodrigo Pironti Aguirre de; Ziliotto Mirela Miró. ***Compliance nas Contratações Públicas: exigências e critérios normativos***, p.23.

³⁴² BARÔMETRO global de corrupção América Latina e caribe 2019. Opiniões e experiências dos Cidadãos Relacionadas à corrupção.

³⁴³ Idem.

procedimentos de prevenção de fraudes nas contratações. O que se pode verificar claramente na exigência acima, é a declaração da comprovação da efetividade do programa, equivalente ao disposto no artº 57 do Decreto Federal, nº 11.129/2022, sendo este um dos pontos mais difíceis na prática, se considerar apenas a primeira exigência que traz o comprometimento da alta administração (*tone from the top*) pois exige uma mudança de comportamento expressiva que envolve: liderança e comprometimento; determinação de papéis; responsabilidades e autoridades organizacionais”, relacionados à gestão³⁴⁴. Nas demais exigências, vai se gradativamente verificando a profunda mudança a ser inserida, como a criação de uma estrutura de *Compliance* nas empresas, o que denota, um obstáculo a ser ultrapassado. Essa estrutura tem o objetivo de “identificar, prevenir e mitigar a prática de eventos que possam causar danos à organização” por meio de uma gestão de riscos.

3.5.2. Os principais riscos identificados nas contratações públicas

Os riscos nas contratações públicas são variáveis, e ocorrem em maior ou menor intensidade, conforme o grau de maturidade institucional e seu processo de gestão de riscos, o qual consiste segundo o manual do TCU³⁴⁵, na “identificação, análise e avaliação de riscos, na seleção e implementação de respostas aos riscos avaliados, no monitoramento de riscos e controles, e na comunicação sobre riscos com partes interessadas, internas e externas, durante toda a aplicação do processo”. Aplicando-se o processo de gestão dos riscos nas contratações públicas, é necessário preliminarmente, identificar o risco, analisar seu grau de ocorrência e impacto, e a partir daí gerenciá-lo ou mitigá-lo. Considerando a linha do tempo do processo e suas fases, é perceptível a ocorrência de situações suscetíveis à riscos em todas as etapas, e de acordo com o TCU, foi feito um levantamento³⁴⁶ em que mapeou mais de 117 riscos em contratações, em 29 áreas, as quais apresentaram um alto risco, à ocorrência de “fraude, desperdício, abuso de autoridade, má gestão ou necessidade de mudanças profundas para que os objetivos das políticas públicas possam ser cumpridos”, essas situações verificadas foram detetadas em áreas onde se encontram estruturadas as políticas públicas nos últimos cinco anos, conforme os critérios lá estabelecidos.

Destaca-se que desde 2014 o TCU vem mapeando os riscos nas contratações (376 organizações) e segundo o relato (57,2% em estágio inicial de capacidade em governança e

³⁴⁴ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILOTTO, Mirela Miró. ***Compliance nas Contratações Públicas: exigências e critérios normativos***, p. 57.

³⁴⁵ TRIBUNAL de Contas da União -TCU. Roteiro de Avaliação de Maturidade da Gestão de Riscos. Brasília: TCU-Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, 2018, p.38.

³⁴⁶ TRIBUNAL de Contas da União-TCU. Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal: 2022.

gestão das aquisições; 39,4%, em nível intermediário; e 3,5% - estágio de capacidade aprimorada), porém, muitos permanecem, caracterizando uma “baixa capacidade de governança e gestão das aquisições”. Na análise do RCA- Riscos e Controle nas Aquisições Públicas do Tribunal de Contas da União, disponível no portal³⁴⁷, verifica-se uma trilha sistêmica contendo um rol de situações que desenham o processo de contratação brasileiro, e identifica diversos riscos. Assim, de forma resumida, pode-se observar: na fase interna, no momento inicial da formalização do processo, a ausência de documento da formalização da demanda com consequente erro na futura contratação, pela inconsistência na definição do objeto pretendido; durante a fase de planejamento (pré-contratual), em que são decididas várias questões, como a própria motivação da necessidade do objeto à contratar, e nesse momento, constata-se vários riscos, pela ausência dessas informações além da indefinição do objeto, características, especificações, padronização, divisibilidade, quantidade, etc, são requisitos importantes a serem considerados na execução do objeto. Todas essas questões são trabalhadas no momento dos Estudos Técnicos Preliminares³⁴⁸.

Como ocorre no processo em Portugal, é condição de validade do processo, a informação da necessidade da contratação, e essa deve ser justificada tendo sempre como diretriz o interesse público envolvido, mas, é por vezes pode não ser observada a realidade e haverá o risco de se contratar algo que não seja prioridade, seja em razão da quantidade, forma, especificação, contribuindo para o desperdício dos recursos. No Brasil, a Administração pública segue diretrizes de planejamento bem definidas, sejam essas orçamentárias (leis) ou institucionais (estratégicas). Assim, ao definir o objeto, deverá a Administração observar, os requisitos da contratação, estes presentes na elaboração dos processos, os quais devem ser definidos conforme a demanda e as características mercadológicas. São várias situações a serem levantadas, que envolvem riscos, processuais e contratuais, especialmente referente as justificativas da solução a se contratar e o preço estimado.

Tanto no Brasil, como em Portugal, a divisibilidade da solução³⁴⁹ (objeto) ou não, traz situações complexas riscos bastante significativos para a Administração, assim como a definição clara dos resultados pretendidos. Todas as questões preliminares (pré-contratuais) acabam por desenhar o modelo de execução e o modelo de gestão do contrato e a formação do

³⁴⁷ PORTAL TCU.GOV.BR. RCA – Riscos e controles nas aquisições.

³⁴⁸ LEI nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União. Edição: 61-F, Seção 1**, p. 2. Conforme definição disposta na Lei 14.133/2021. Ver (...) “art. 6º, XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”. (...).

³⁴⁹ INSTRUÇÃO Normativa nº 05, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017 que regulamenta as contratações públicas no âmbito do Governo Federal brasileiro.

preço. Considerando os riscos contratuais, nas demais fases, vê-se ainda um momento delicado, e possível de atos de corrupção, que é o momento de estabelecer as regras de seleção do fornecedor (futuro contratado), em relação às regras de habilitação, que funcionam como um filtro, em que se segmentam os interessados³⁵⁰. No Brasil, os riscos processuais e contratuais, nascem na fase de planejamento, perpassam a fase externa (de seleção), conforme as regras definidas no Edital de Licitação, e se estendem no procedimento externo, quando de fato se escolhe o futuro contratado, dada a fase de negociação de preços, e possibilidades de ajustes da proposta do candidato. Ultrapassada esta fase, segue a contratação, assim como ocorre em Portugal, e efetiva-se o contrato e sua execução e gestão. Até esse momento, se verifica a possibilidade de ocorrer riscos, sejam irregularidades sanáveis, ou ilegalidades. Assinado o contrato, inicia-se outra seara a ser observada, pois, neste momento, a execução precisa ser acompanhada e fiscalizada por agente da Administração que desempenhem atividades³⁵¹. Esta fase se completa com o recebimento do objeto contratado, (liquidação da despesa) e com o pagamento. Aqui também é um momento de risco à atos de corrupção, pelo recebimento indevido (objeto diferente do contratado) trazendo vantagens indevidas ao contratado. Na sequência a execução contratual traz outros tipos de riscos relativos às modificações contratuais e ajustes necessários, além de possíveis reequilíbrios económicos financeiros, indevidos.

Diante de uma situação concreta o gestor passa a avaliar a situação e a tomada de decisão de forma subjetiva. Nas palavras de Di Pietro³⁵² “a adoção de uma outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

3.5.3. *Compliance* e o preço dos contratos

O preço de um contrato é o resultado do valor obtido após o julgamento das propostas e sua adjudicação. O preço justo definido por Andrade, Rogério Emílio se manifesta numa relação de reciprocidade entre homens, e corresponde ao preço normal, que se configura entre a oferta e a procura., sendo este o preço de mercado³⁵³. Deste modo a busca pelo preço

³⁵⁰ LEI nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**. Edição: 61-F, Seção 1, p. 2. A Lei de Licitações e Contratos brasileira vigente a partir de 2021 indica as condições para a participação das empresas licitantes por meio de critérios de habilitação (art.62), de forma diferente da lei anterior revogada.

³⁵¹ Idem. Ver (...) “Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição”.(...).

³⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. atual. até a EC nº 62/09, São Paulo: Atlas, 2010, p. 212.

³⁵³ ANDRADE, Rogério Emílio de. **O preço na ordem ético-jurídica**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 206.

justo nos contratos se enquadra na Lei e na consulta ao mercado. Na lei brasileira, o artigo 18 que trata da instrução processual estabelece a obrigatoriedade de um o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação. Deste modo, a formação dos preços segue ritos dispostos em ambas legislações. Entretanto, sendo o *Compliance* um sistema que tem como diretriz a governança, deduz-se que esta envolve conformidade e integridade, ao correlacionar-se com os preços dos contratos tem-se que as exigências de conformidade com a legislação que envolve as contratações precisam estar presentes. Porém, ao invocar a questão da integridade outras questões precisam ser alicerçadas. Assim, o *Compliance*, servindo-se de suas ferramentas, identificará possíveis riscos referentes a composição dos preços, desde sua orçamentação até sua efetiva contratação. Os gestores públicos por meio de várias ferramentas (Canal de denúncias, *Compliance Officer*) e auxiliado por instrumentos de Gerenciamento de Riscos. Em relação ao Canal de denúncias, este é importante pois possibilitará o conhecimento das possíveis violações as regras internas da instituição/empresa. Em levantamento realizado pela Consultoria Delloite, as empresas com canais de denúncia instituídos, tem em médias perdas em torno de 59% inferiores àquelas que não tem, bem como redução no prazo médio da fraude³⁵⁴.

3.5.4. As vantagens e desvantagens dos Programas de *Compliance* instituídos pelas legislações brasileiras para as empresas licitantes.

São várias regras que tratam de *Compliance* na legislação brasileira, além da principal Lei nº 12.846/2013, porém, cabe a cada ente federativo, disciplinar seus próprios regulamentos, seguindo a diretriz da Lei Anticorrupção federal, mas, se tem notícia de vários regulamentos (decretos, portarias etc) com escopos muito parecidos. As vantagens para as empresas são inúmeras, pois, permitirá um maior controle das atividades desempenhadas por seus colaboradores, estabelecendo uma parede, “blindagem” de proteção para todos os envolvidos, isso se pode ver pelas políticas implementadas, que vão desde a implantação de códigos de conduta, ética, entre os envolvidos (públicos e privados); política de receção de denúncias; riscos, consequências, *due dilligence* etc, permitindo a prevenção dos atos de corrupção, suborno, propinas, fraudes, desvios, e demais situações que possam trazer prejuízos para a sociedade. Quanto às desvantagens do *Compliance* é possível que os custos financeiros sejam a primeira desvantagem a ser alegada pelas empresas. porém, considerando a necessidade de implementar os programas de *Compliance*, pode haver custos referentes aos treinamentos,

³⁵⁴ LOURENÇO, Luana. *Compliance para Pequenas e Médias Empresas. Aportes Teóricos e Práticos para Gestores, Docentes e Discentes.* p. 107

sistemas, criação de estruturas, além de exigir maior comprometimento da alta administração na implementação das tarefas, o que pode trazer grandes dificuldades na gestão, e até retardar as tomadas de decisões de forma célere, além, de trazer uma maior exposição dos problemas internos.

Em relação a Lei Geral de Licitações, a 14.133/2021 inaugura a exigência, de forma incipiente, ao exigir nas apenas nas situações de obras e serviços e fornecimentos de grande vulto (§ 4º do art. 25); também previu como critério de desempate (art. 60), na possibilidade de atenuante de sanções (art. 156), e na reabilitação dos contratados apenados (art. 163). Entretanto, os programas de *Compliance* podem ser aplicados desde a fase preparatória, na fase de seleção da proposta mais vantajosa considerando o interesse público envolvido prevenindo qualquer desvirtuamento do processo de disputa mediante os critérios estabelecidos.

Os Estados e Municípios que se lançaram na seara do *Compliance* trouxeram regras próprias para exigências do programa, deste modo, alguns estabeleceram valores no patamar de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), para obras e serviços de engenharia, no caso do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 15.228/2018), tendo o Estado do Rio de Janeiro, estabelecido a metade desse valor (Lei Estadual nº 7.753/2017), em comparação com o Estado do Mato Grosso, que indicou para as licitações de tomada de preços – preços estimados entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e contratos superiores a 180 dias (Lei Estadual nº 1.123/2020), entre outros. Entretanto, pode se verificar que grande parte dessas legislações se concentram na exigência dos programas atreladas aos valores das contratações, e não indicam outros critérios, como as contratações diretas, ou complexidade do objeto, por exemplo.

Quanto à efetividade das leis Estaduais e Municipais, cita-se como exemplo, três Leis Anticorrupção, dos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, que traz em seus dispositivos os parâmetros de comprovação de efetividade dos seus respectivos programas, dos quais se destacam primordialmente a participação da alta administração, sem a qual é impossível alavancar qualquer programa, aliado sempre ao canal de denúncias e códigos de ética, entre outros.

3.5.5. A fase pós - contratação e a implementação do programa de *Compliance* pelos fornecedores contratados.

Considerando as exigências legais no Brasil, as empresas contratadas pelo Poder público, conforme a regra estabelecida em cada lei específica, deverá apresentar um programa

de Integridade a fim de demonstrar perante o Contratante (Administração Pública) que está observando os procedimentos comportamentais pertinentes as relações público-privadas. Tais programas são instituídos e devem ser implementados trazendo requisitos mínimos que definam políticas de relacionamento com o setor público, observando regras de possível oferecimento de presentes, brindes a agente públicos, por exemplo. Outras questões devem ser observadas, como: regras de controles contábeis, regras de contratação de terceiros, diretrizes em caso de fusões empresariais ou aquisições e reestruturações societárias, definição da área responsável pelo programa de *Compliance*, condutas vedadas, segurança da informação, possíveis conflitos de interesses, combate a corrupção e lavagem de dinheiro, etc³⁵⁵. No caso de patrocínios, estes precisam ser disciplinados não só pelo contratado como pelo contratante, observando que podem existir outros temas peculiares as atividades desenvolvidas pela empresa que demandarão normas específicas. Observa-se ainda que as regras de *Compliance* ou Programas de Integridade trazem o comprometimento da alta administração, como condição importante, nos termos do inciso I do artigo 57 do Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022. Este decreto institui vários parâmetros para validação dos Programas de Integridades, dos quais se destacam, em linhas gerais: a instituição de padrões de conduta; códigos de ética; políticas e procedimentos de integridade; treinamentos; gestão de riscos; registros contábeis; controles internos acerca de relatórios e demonstrações financeiras; canais de denúncia; diligências, monitoramento contínuo, entre outros. Com destaque especial, cita-se o inciso IX do artigo 57, o qual prevê em tais programas de Integridade a instituição de procedimentos específicos no sentido de prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios e contratos públicos.

³⁵⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas: exigências e critérios normativos*, p.169-170.

CONCLUSÃO

As regras de contratação pública são distintas em Portugal e Brasil, assim como na União Europeia, mas, todos tem em comum a obrigatoriedade de resguardar os dinheiros públicos dando-lhe o destino eficiente e eficaz no cumprimento das políticas públicas. O princípio da transparência aliado ao avanço tecnológico tem permitido a disseminação das informações em tempo real, de modo que os atos governamentais que envolvem a aplicação dos recursos públicos, se tornam mais acessíveis, o que permite maior controle pela sociedade. Esses controles são implementados pelos órgãos responsáveis, entretanto, no que se refere a corrupção, fraudes ou desvios de verbas públicas, o instituto do *Compliance* tem sido inovador no sentido de introduzir um aparato metodológico que gerência possível riscos, e estabelece regras de conformidade e integridade.

No caso brasileiro, o *Compliance* inserido no processo das contratações traz regras específicas que se consolidam nos entes federativos, conforme suas realidades, mas traz como pano de fundo a Lei ordinária Anticorrupção, e deve identificar os pontos ou “riscos” sensíveis à corrupção. Assim, pretende a Administração Pública, com o *Compliance*, além de exercer os ditames legais dar sua conformidade, mais que isso, instrumentalizar condições que permitam abrigar de forma efetiva os recursos públicos envolvidos nas contratações, seja por meio de canais de denúncia, de uma estrutura de *Compliance Officer* independente, da Due Dilligence, ou outros instrumentos que se iniciam desde a formação dos contratos. No Brasil, pode se depreender que o instituto do *Compliance* está na prática incipiente, no que diz respeito a sua efetividade nos contratos públicos. Em Portugal, o CCP aborda, o conceito de corrupção³⁵⁶ em seu texto exige em diversos momentos que as entidades adjudicantes assegurem dos operadores económicos respeitem as variadas normas que envolvem o objeto contratual e expressa a obrigatoriedade de um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas para os casos em que os processos sejam obrigatórios - em razão do valor - a fiscalização prévia do Tribunal de Contas³⁵⁷.

Na UE as Diretivas (2014/23, 2014/24 e 2014/25), indicam de forma categórica o atendimento aos princípios jurídicos, como igualdade de tratamento, não discriminação; transparência e proporcionalidade, aliando-se a essas, a Diretiva (UE) 2017/1371 que trata da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União. Nesse contexto, traz para os

³⁵⁶ Conforme artigo 55.º - Impedimentos no CCP, traz a definição de corrupção da seguinte forma: (...) “i) Corrupção, tal como definida no artigo 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia e no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, e nos artigos 372.º a 374.º-B do Código Penal;”.

³⁵⁷ Idem, nº 9.

Estados - Membros a necessária transposição, e readequação, inclusive, dos termos utilizados, nos contratos e suas classificações, além de diretrizes referentes ao futuro valor do objeto, o que pode impactar na escolha do procedimento e seu âmbito da contratação. Este ponto é determinante no processo de conformidade e integridade, sendo relevante que os Estados-Membros, assegurem que não haja conflitos de interesses, e não possibilite nenhum prejuízo futuro na concorrência garantindo o exercício da igualdade entre todos os operadores económicos, inclusive no que diz respeito a participação das Pequenas e Médias Empresas (PME). No que diz respeito ao Canal de Denúncias, registre-se a Diretiva 2019/1937 que estabelece normas de proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, e traz de forma expressa denúncias relativas as contratações públicas no art.2º, 1.a, i, dentre outros aspetos. Quanto à conformidade, destaca-se a necessidade de aferição de propostas que se encontrem desconformes, seja em razão de receção tardia, as quais tragam indícios de conluio ou corrupção, seja em razão do preço anormalmente baixo, (Diretiva 2014/24), assim como, as questões relativas a sustentabilidade, inclusive quanto ao ciclo de vida³⁵⁸ do objeto contratual. Conclui-se que o tema corrupção, *Compliance*, Programas de Integridade e seus instrumentos, precisam ser observados na análise da formação dos contratos públicos frente às regras já existentes, abordando-se os possíveis pontos ou riscos sensíveis aos atos de corrupção, seja na fase pré - contratual, como na fase pós- contratual. Todo esse aparato logístico para efetivar os direitos sociais e executá-los por meio de políticas regionais e locais, seja em Portugal ou no Brasil, carece de grande recurso públicos, e esses precisam ser resguardados.

Assim, diante do arcabouço jurídico que envolvem a formalização dos contratos das aquisições públicas de bens, obras e serviços realizados entre o Estado e os terceiros privados, permeados pelo conflito de interesses, pela corrupção tem o *Compliance* a missão inovadora de equilibrar essas relações combatendo a corrupção. Diante do exposto, é possível compreender que a instituição de Programas de Integridade específicos, voltados às contratações e a execução contratual, quando implementados (ainda na fase de planejamento) e previsto em edital, é um meio de uma eficiente gestão de riscos da futura execução contratual³⁵⁹.

³⁵⁸ DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Texto relevante para efeitos do EEE. Jornal Oficial da União Europeia. (28.03.2014). L/94/65. Ver Item 20. (...) “Ciclo de vida», todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização”.

³⁵⁹ SANTOS, Brasil Franklin; SOUZA, Kleberon, Roberto. **Como Combater a Corrupção em Licitações - Detecção e Prevenção de Fraudes**, p. 267-283

Deste modo, com o monitoramento constante, é possível avaliar cada parâmetro a ser estabelecido no Programa, trazendo efetividade e eficácia nas contratações públicas. Assim, é possível estabelecer diretrizes nos programas de Integridade que permitam a Administração Pública, de ofício, apurar fatos com indícios de irregularidade, em relação aos documentos apresentados pelos licitantes, como por exemplo, declarações e atestados de capacidade técnica.

No Brasil, o TCU por meio do Acórdão nº 2.622/2015 - Plenário³⁶⁰, se manifestou sobre a necessidade da alta administração está comprometida com tais programas, e, para tanto, se faz necessário a instituição de um setor específico para realizar as aquisições, com atribuições e competências bem definidas, de modo que possam ser realizadas análises de riscos de fraudes nas licitações por meio de mecanismos de controle. Portanto, um instrumento de *Compliance* bem implementado trará os resultados esperados em relação à conformidade e integridade das regras no âmbito das licitações e contratações.

³⁶⁰ TRIBUNAL de Contas da União- TCU. **Acórdão nº 2.622/2015-** Plenário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os Custos do Ciclo de vida no Novo Código dos Contratos Públicos. p.207. In Revista de Contratos Públicos. Ed. CEDIPRE. GONÇALVES, Pedro Costa -Diretor. nº 16. ISSN 2182-164X, p. 71-92.
- BAHAMONDE, Ruben. Antitrust Compliance. In. Compliance: perspectivas e novas dinâmicas. PIRES, Alex Sander; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; BAHAMONDE Delgado, Ruben (Organizadores).: Reimpressão. ISBN 978-972-408372-8. 101p. Biblioteca Nacional de Portugal – Grupo Almedina. 2020. p.53-64.
- BRITO, Teresa Quintela de. Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica, p. 57-100. In Estudos sobre Law Enforcement, Compliance direito penal. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. – 2ª ed. Coordenação Científica: -2ª ed. 482p. ISBN 978-972-40-7641-6. p. 57-100.
- BUZZATO, Paulo César. O que não se diz sobre o Criminal Compliance. In Law Enforcement& Compliance. p.19. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. Estudos sobre Law Enforcement, Compliance direito penal – 2ª ed. Coordenação Científica: -2ª ed. 482p. ISBN 978-972-40-7641-6. p.21-55.
- CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro – Compliance e Boa Governança. Pública e Privada- Coleção FGV. Direito Rio. Curitiba: Ed. Juruá, 2018. 258, p. ISBN: 978-85-362-8387-6.
- CARNEIRO, Claudio. A Era do Compliance no século XXI. (Organizadores). p. 21-31. In Pires, Alex Sander; Rosário, Pedro Trovão do; Bahamonde Delgado, Ruben Obras Coletivas. *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas.*: Reimpressão. Biblioteca Nacional de Portugal – Grupo Almedina. 2020. 101p. ISBN 978-972-408372-8.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOTTO, Mirela Miró – *Compliance* nas Contratações Públicas: exigências e critérios normativos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.195 p. ISBN 978-85-450-0649-7.
- COVAS, António. In “Regionalização e Descentralização em Portugal: Reforma do Estado, Aprofundamento da Democracia e Desenvolvimento”. Governação europeia multiníveis, inteligência coletiva e cooperação territorial. p.7-20. J. Cadima Ribeiro (Editor). UMinho Editora. Braga 2023. DEPÓSITO LEGAL N.º 519811/23. ISBN 978-989-9074-05-7. ISBN DIGITAL 978-989-9074-06-4. DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.132>.
- DEMATTE, Flávio Rezende e Gonçalves; PESSANHA, Márcio D. Estruturação de Sistemas de Integridade na Administração Pública Direta Federal: Uma Necessidade Contemporânea. p.63-80. In *Compliance* no setor Público. ZENKER, Marcelo, Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2020. 411p. ISBN 978-85-40-0740-1.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875p. ISBN 978-85-224-5810-3.

- FORTINI, Cristiana, SCHRAM, Fernanda Santos. Direito Premial e os Incentivos à Integridade na Administração Indireta. p.35-50. In *Compliance* no setor Público. ZENKER, Marcelo, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2020. 411p. ISBN 978-85-40-0740-1.
- FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. 1 ed. 1 Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 436p. ISBN 978-86-450-0033-4.
- FURTADO, Madeline Rocha et al. Gestão de Contratos de Terceirização- Teoria e Prática: o processo de contratação: as antigas e as novas regras da Lei nº 14.133/2021. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 936p. ISBN 978-65-5518-469-3.
- HEINEN, Juliano. História, evolução e desafios contemporâneos do Direito Administrativo. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 21, n. 246, p. 37-59, ago. 2021. [Em linha]. [Consult. 27 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/20814/32991>
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. 851p. ISBN 85-7420-476-5.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. 932p. ISBN 978-85-7500-187-5.
- KARL, Érita D. Fernandes. Compliance e LGPD: uma exigência também para a Administração Pública. p.53. In *Compliance* no setor Público. ZENKER, Marcelo, Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2020. 411p. ISBN 978-85-40-0740-1.
- LOPES, José Mouraz. Relat. – Acórdão do Tribunal de Contas. Processos n.º 3029, 3030 e 3031/2017, de 31 de outubro de 2017. [Em linha]. [Consult. 25 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2017/ac012-2017-1sss.pdf>
- LOURENÇO, Luana. Compliance e a ética Corporativa para transformação cultural. p.19. In *Compliance para Pequenas e Médias Empresas: aportes teóricos e práticos para gestores, docentes e discentes*. COLA, Cristiane Petrosemoló; LOURENÇO, Luana (Coordenadoras). LEMOS, Bernardo, COLA, Cristiane, BRANDÃO, Daniel, LOURENÇO, FELGUERAS, Thaissa, MOREIRA, Theresa, LUNETTA, Victor. 163p. ISBN 978-85-69220-42-8.
- MAIRAL, Héctor A. As Raízes Legais da Corrupção ou como o Direito Público fomenta a Corrupção em vez de Combatê-la. Toshio Mukai (Comentários à edição Brasileira). São Paulo, Ed. ContraCorrente, 2018. 253p. ISBN 978-85-69220-42-8.
- MARQUES JUNIOR, Felipa, MEDEIROS, João. A elaboração de Programas de Compliance, p. 125. In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. Estudos sobre Law Enforcement, *Compliance* direito penal – 2ª ed. Coordenação Científica: -2ª ed. 482p. ISBN 978-972-40-7641-6.
- MARTINS, Lucídio Lopes. As novas directivas da União Europeia sobre as Contratações públicas e as Concessões e a Reforma das legislações dos Estados-Membros. p.181-205. In MOREIRA. Egon Bockmann. (Coord). Contratos administrativos, equilíbrio

- econômico-financeiro e a taxa de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 659. ISBN 978-85-450-0553-7.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 2ª ed. rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. 462p. ISBN 85-7420-476-5.
- MENDES, Renato Geraldo. A Formação do Contrato Administrativo. In BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.) Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 102-114.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 792p. ISBN 978-86-450-0033-4.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013. 1. Reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. 192p. (Coleção Jacoby Fernandes de Direito Público; v13). ISBN 978-85-7700-829-2.
- NEGRÃO, Célia Lima; Pontelo Juliana de Fátima. *Compliance*, controles internos e riscos: a importância da área de Ponte-lo gestão de pessoas. 2ª ed. rev. amp. Brasília: Editora Senac- DF, 2017. 384p. ISBN 978-856256462-68.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. – 5.ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2022. 1247p. ISBN: 978-65-5518-330-6.
- PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. Estudos sobre Law Enforcement, *Compliance* direito penal – 2ª ed. Coordenação Científica: -2ª ed. 482p. ISBN 978-972-40-7641-6.
- PEREIRA, Cesar, SCHWINDS, Rafael Wallbach. Autos saneamento (self-cleaning), inidoneidade e suspensão do direito de licitar: lições do direito europeu e norte-americano. p.22. FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA. Belo Horizonte: Fórum, 2002. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI. Marinês Restelatto. [em linha]. [consultado em 27. jun de 2023]. Competência e responsabilidade dos elaboradores de ato convocatório de licitação e seus anexos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 10, n. 112, abr. 2011. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/21458/53250>
- PIRES, Alex Sander; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; BAHAMONDE DELGADO, Ruben (Organizadores). Obras Coletivas. *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas.*: Reimpressão. ISBN 978-972-408372-8. 101p. Biblioteca Nacional de Portugal – Grupo Almedina. 2020.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O Compliance e os Estados Europeus. In PIRES, Alex Sander; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; BAHAMONDE DELGADO, Ruben (Organizadores). Obras Coletivas. *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas.*: Reimpressão. ISBN 978-972-408372-8. 101p. Biblioteca Nacional de Portugal – Grupo Almedina. 2020.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do, RAMOS, PAULO Roberto Barbosa; CAMARA, David Elias Cardoso. Governo das sociedades e compliance em Portugal: um esforço de sua delimitação histórico-normativa. p.26-45. Galileu Revista de Direito e Economia XX, nº 2. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XX.2.2>

PIZARRO, Sebastião Nóbrega. Manual de *Compliance*. Editora Nova Causa- Edições Jurídicas. Outubro de 2016. 224 p. ISBN 978-989-8515-36-0.

SANTANA, Paulo Ricardo. Compliance nos Contratos Públicos: o sistema de compliance como ferramenta de ética e integridade nas contratações públicas. 114p. Curitiba. JURUÁ EDITORA.2021. ISBN 978655605743-9.

SILVA, Jorge Andrade da. Código dos Contratos Públicos. Anotado e Comentado. 2022.1559 p. 10ª ed. rev. e atualizada. – (Códigos anotados). ISBN 978.989-40-0521-6.

SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral. Tomo III. Inclui texto do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. 2ª edição. Publicações D. Quixote.Alfragide. Portugal. 428, p. ISBN 978-972-20-3878-2.

VILELA, Alexandra. A Responsabilidade Contra Ordenacional da Pessoa Coletiva no Contexto do “Estado-Regulador.” p.105-122. In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa. Estudos sobre Law Enforcement, *Compliance* direito penal – 2ª ed. Coordenação Científica: -2ª ed. 482p. ISBN 978-972-40-7641-6.

DEMAIS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTONIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização: (Legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015). 5. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2016. 576 p. Fórum. 576 p. ISBN 978-85-450-0111-9.

ANDRADE, Rogério Emílio. O Preço na ordem Ético- Jurídica.Campinas. Edicamp, 2003. 290p. ISBN 85-88513-26-9.

ALEXY, Robert. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Organizadores: Trivissono, Alexandre Gomes, Azis Tuffi Saliva e Mônica Sette Lopes. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda, 2018. 143p. ISBN 978-85-309-7871-6.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. Rev. e atual. São Paulo. Malheiros Editora. 2019. 239p. ISBN 978-85-392-0452-6.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade, Brasília. 2016. 73p. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/Guia-do-Programa-de-Leniencia-do-Cade_Atualizacao-CGAA10.pdf . Acesso em: 15 jun. 2023.

- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; SOEIRO, Laise de Castro. (Organizadores) Felipe Prata Mendes, Pedro Tourinho Tupinambá, Vanessa Rocha Ferreira Direitos sociais: fundamentais ou não? Direitos sociais em tempos de pandemia. – 1 ed, São Paulo: Lintec Produção Editorial, 2020. 240p. ISBN 978-65-991430-1-4.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade multa em R\$ 535,1 milhões cartel de trens e metrô. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-multa-em-r-535-1-milhoes-cartel-de-trens-e-metros>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p. Editora: Coimbra. ISBN: 9724021068.
- CORDEIRO, Menezes António. Das Alterações das Circunstâncias. A Concretização do art. 437º do Código Civil à Luz da jurisprudência posterior a 1974. p. 28. Lisboa, 1977. Lisboa: AAFDL, 1987. 94 p. Separata dos "Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. CDU 347.44.
- CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, ANA (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 527p. ISBN 978-85-450-0564-3.
- DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito. p.40. 2008. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- FERNANDES, Débora Melo. O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento, e deveres da Entidade Adjudicante. 207p. Revista de Contratos Públicos. Ed. CEDIPRE nº 16- A Revisão do CCP. In Gonçalves, Pedro Costa -Diretor. nº 16. ISSN- 2182-164X. Abril de 2018.
- GUIMARÃES, Strobel Bernardo, SOUZA, Caio Augusto Nazario; VIOLIN, Jordão e MADALENA, Luiz Henrique. A nova improbidade administrativa - 1 ed. – Rio de Janeiro: Florense, 2023.
- GRECCO, Renato. O Momento da Formação do Contrato. Das Negociações Preliminares ao Vínculo Contratual. –São Paulo: Almedina, Brasil, 2019. 347p. ISBN 978-85-8493-492-8.
- JUNIOR LIMA, Olavo Brasil de – As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. RSP- Revista do Serviço Público. Brasília. Ano 49, nº 2 (Abr-jun.1998).
- MOREIRA, Egon Bockmann. (Coord). Tratado do Equilíbrio-Econômico-Financeiro: Contratos administrativos, Concessões, Parcerias-Públicas-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. 2.ed. Belo Horizonte. Fórum, 2019. 658p. ISBN 978-85-450-0553-7.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014. ISSN digital: 1984-4379

NORHA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. - 4ª ed.- São Paulo: Atlas, 2014. 926p. ISBN 978-85-224-8720-2.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance* Anticorrupção: Aspectos Gerais. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 317-359. ISBN 978-85-450-0564-3.

RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle. p.36. – Belo Horizonte: Fórum, 2014. 348 p. ISBN 978-85-7700-927-5.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Título original: Il Contratto. Biblioteca Nacional de Portugal- Catalogação na publicação ROPPO, Enzo, 1947. Edições Almedina. Coimbra, 2009. 371p. ISBN 978-972-40-3647-2.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, n. 20, ano 6 janeiro/março2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52597>>. Acesso em: 21 dez.

SLOBODTICOV, Lucas Batista. Desvio de poder e combate à corrupção institucionalizada na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 83-95, set./dez. 2016. ISSN digital: 2238-6734

SUNDFELD, Carlos Ary. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. 4ª tiragem, revista e atualizada. São Paulo. Malheiros Editores, 2003. 189p. ISBN 85-7420-170-7.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. Revista de Direito Civil, Lisboa, a.1 n.2 (2016), p. 277-305.

VIEIRA, James Batista, BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. Governança, gestão de riscos e integridade. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (Enap) Sociedade Brasileira de Administração Pública (SBAP). Coleção Gestão Pública, v. 05. 2019. 240p. Coleção Gestão Pública. ISBN: 978-85-256-0107-0

ZENKER, Marcelo, Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.) *Compliance* no setor Público. Belo Horizonte: Fórum, 2020.411p. ISBN 978-85-40-0740-1.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DOCUMENTAIS

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. O Compliance nas empresas e a fixação da cultura de integridade pelo tone at the top. [em linha] [consultado em 07-06-2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-27/pironti-Compliance-cultura-integridade-tone-at-the-top>.

FIGUEREDO, Marcelo. O Impacto da Corrupção sobre a Eficiência das Políticas Públicas Especialmente na Saúde e na Educação. [Em linha]. [Consult. 15 out. 2022]. Publicações da Escola da AGU. Brasília v. 12 n. 02 p. 1-464 maio/ago. 2020 volume 12 - n. 02 - Brasília-DF, maio/ago. 2020. p.31. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2020_Periodicos/Publ-Esc-AGU_v.12_n.02.pdf

GONÇALVES, Pedro Costa. (2019). Funções e valores do direito administrativo: Functions and values in Administrative Law. [Em linha]. [Consult. 09 jun. 2023]. Revista De Direito Administrativo E Infraestrutura | RDAI, 1(3), p. 25–48.
<https://doi.org/10.48143/rdai/03.pg>

GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise. [Em linha]. [Consult. 17 dez. 2023]. Disponível em:
<https://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/38GestaoContratosPublicos.pdf>

GONÇALVES, Pedro Costa. [Em linha]. [Consult. 09 jun. 2023]. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014. A “NOVA CONTRATAÇÃO PÚBLICA” - AS DIRETIVAS DE 2014.p.20. Disponível em: http://redride.eu/wp-content/uploads/la_nueva_contratacion_publica.pdf#page=21

HENRIQUES, Maria Isabel e Braga, Ascensão.(2019). Evolução das prestações sociais em Portugal e sua relação com a troika. *Egitania Scientia*, 2(25), 51–69.
<https://doi.org/10.46691/es.v2i25.164>

INÊS, Pedro Daniel S.N. Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2023]. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2.º ciclo de estudos em Administração Pública), conducente ao grau de Mestre. Coimbra, set.2018. Publicações Cedipre - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Setembro 2018. Disponível em: <http://www.cedipre.fd.uc.pt>

MELRO, Ana. O Princípio Geral da Boa Administração no Código do Procedimento Administrativo português. Pistas de investigação. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2 p.723- 7, p. 6 ISSN 2179-8338 (impresso) - ISSN 2236-1677 (on-line)

MONTEIRO, Cynara, LIMA, Renata de Albuquerque. Análise comparada da natureza da atividade jurisdicional no sistema brasileiro à luz do conceito de serviços públicos no sistema francês. [Em linha]. [Consult. 16. out 2022]. p. 34-42. Disponível em:
<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/20814/32991>

MONTEIRO, Jorge Vianna Coord. [Em linha]. [Consult. 16. out 2022]. Disponível em:
https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425_coletanea_pp_v1.pdf

NETTO Brandi, L. S.; Da Silva, A. M. Contribuições para estudo comparado Brasil e Portugal: gestão de sistemas e tecnologias da informação, p. 7. [Em linha]. [Consult. 15 out. 2022]. Prisma.com, [s. l.], n. 33, p. 3–32, 2017. DOI 10.21747/16463153/33a1. Disponível em:
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=126581475&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 out. 2022.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. Revista eletrônica de direito penal, v. 2, n. 2, p. 112-120. 2014. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002904851>

SARAVIA, Enrique e FERRARAZI, Elisabete. (Organizadores). Políticas públicas; coletânea. [Em linha]. [Consult. 16. out. 2022]. Brasília: ENAP, 2006. 2 v. ISBN 85-256-0052-0 (Obra compl.) Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1254>

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. A contratação in house e interadministrativa. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 191-213, jul./set. 2019, p. 192.

SILVA, Filipe Carreira da, Vieira, Mónica Brito. Direitos sociais na Constituição. Uma análise da constitucionalização dos direitos sociais em Portugal, 1975-76. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/24284/4/ICS_FCSilva_MBVieira_Direitos_A RN.pdf

VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo; AMORIM, José de Campos. O regime jurídico dos contratos administrativos à luz do Código dos Contratos Públicos portugueses. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 109-129, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec. v21i83.1555.

VELOSO, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo Macedo & CARNEIRO, Davide Rua. (2021). A Relevância do Portal Base, à luz dos Princípios Fundamentais da Contratação Pública e do Procedimento de Formação dos Contratos Públicos em Portugal. Direito: Revista jurídica Da Universidade De Santiago De Compostela, 29(2). <https://doi.org/10.15304/dereito.29.2.7144>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DOCUMENTAIS – PORTUGAL E UNIÃO EUROPEIA

BARÔMETRO GLOBAL DE CORRUPÇÃO AMÉRICA LATINA E CARIBE 2019. OPINIÕES E EXPERIÊNCIAS DOS CIDADÃOS RELACIONADAS À CORRUPÇÃO. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>

CÓDIGO Civil: Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. [Em linha]. [Consult. em 25-01-2020]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=neg%F3cio&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=775&tabela=leis.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). [Consult. 06 mar. 2020]. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+da+rep%C3%BAblica+portuguesa>.

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Aprovado pela Lei nº. 15/2002, de 22 de fevereiro. Diário da República. Série I-A. N.º 45/2002, de 2002-02-22. [Em

linha]. [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível em:
<https://www.stadministrativo.pt/documentacao/legislacao/cpta2019/>

DECRETO de Aprovação da Constituição. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. [Em linha]. [Consult. 02 mai. 2023]. Disponível em:
<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>

DECRETO-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. Código de Contratos Públicos- CCP. Diário da República n.º 20/2008, Série I de 2008-01-29, páginas 753 – 852. [Em linha]. [Consultado em 25-01.2020]. Disponível em:
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/18-2008-248178>

DECRETO-Lei n.º 4/2015. CPA-Código de Processos Administrativos. Diário da República n.º 4/2015, Série I de 2015-01-07. [Em linha]. [Consultado em 25-01.2020]. Disponível em:<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>

DECRETO-Lei nº 89/2021, de 3 de novembro. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 213/2021, de 2021-11-03, páginas 15 – 22. Presidência do Conselho de Ministros. Entidade Proponente: Infraestruturas e Habitação. Publicação: 2021-11-03. [Consult. 15 out. 2022]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/89/2021/11/03/p/dre/pt/html>

DIRETIVA 2009/81/EC DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de julho de 2009. sobre a coordenação dos processos de adjudicação de determinadas empreitadas de obras, fornecimentos e serviços pelas entidades adjudicantes ou entidades nos domínios da defesa e segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. (Texto com relevância para o EEE). Jornal Oficial da União Europeia. (20.8.2009). L 216/76.[Em linha]. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A02009L0081-20220101>

DIRETIVA 2014/23/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão. (Texto relevante para efeitos do EEE). [Em linha]. Jornal Oficial da União Europeia. (28.03.2014). L/94/1. [Consult. 17 Dez. 2022]. Disponível em: EUR-Lex - 32014L0024 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. (Texto relevante para efeitos do EEE). [Em linha]. Jornal Oficial da União Europeia. (28.03.2014). L/94/65. [Consult. 28 nov. 2019]. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>

DIRETIVA 2014/25/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. (Texto relevante para efeitos do EEE). [Em linha]. Jornal Oficial da União Europeia. (28.03.2014). L/94/243. [Consult. 17 Dez. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025>

- DIRETIVA 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009. relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. (Texto relevante para efeitos do EEE). [Em linha]. Jornal Oficial da União Europeia. (28.08.2009). L/216/76. [Consult. 17 Dez. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32009L0081>
- EUROPEAN COMMISSION. Public procurement guidance for practitioners. 2018. [Em linha]. [Consult. em 07-06-2020]. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_en.pdf
- INPI- Instituto Nacional de Propriedade Industrial. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em: <https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/Programa%20do%20Concurso-EUIPO.pdf>
- LEI de Base da habitação. Lei nº 83, de 3 de setembro de 2019. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 168/2019, de 2019-09-03, páginas 11 – 33. Assembleia da República. Data de Publicação: 2019-09-03 [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/83/2019/09/03/p/dre/pt/html>
- LEI nº 30/21 de 21 de maio. Diário da República, Série I. [Em linha], N.º 99/2021 de 2021-05-21. p.2-39.[Consult. 24 jun.2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/30-2021-16372856>
- LUÍS Migueis Garcia. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte com o n.º 01685/20.7BEPRT de 14 de janeiro de 2022. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2023]. Administração responsiva e carga de regulação (Portugal). Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/656021a5e2670a1e802587d100435b15?OpenDocument>
- MARQUES Pedro Marchão. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul com o n.º 572/2017BELRA. 2º Juízo. Em 16.01.2018. [Em linha]. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/44E68B9E666F64A08025822500443FAF>
- MARTINS Rogério Paulo da Costa. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte com o n.º 02091/08.7BEPRT-1ª Secção - Contencioso Administrativo, de 03.12.2021, do TAF do Porto de 03.12.2021. [Em linha]. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/63519A8480E4EFCA80257F3900541B0B>
- PAINEL de Avaliação do Mercado Único. European Commission. [Em linha]. [Consult. 05 jun. 2023]. Administração responsiva e carga de regulação (Portugal). Disponível em: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/countries/portugal_en
- POISE- PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO - GUIA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA - Aplicável aos procedimentos iniciados a partir de 20 de junho de 2021 05/2022. [Em linha]. [Consult. 05 jun. 2023]. Disponível em: <https://poise.portugal2020.pt/documents/10180/123741/Guia+de+Contrata%C3%A7%C3%A3o+P%C3%BAblica+em+Portugal+2020.pdf>

C3%A3o+P%C3%BAblica_PO+ISE_maio+2022.pdf/002e4f48-4c1d-4cb5-92e9-4f7a039762d9

POSEUR- PROGRAMA OPERACIONAL DE SUSTENTABILIDADE E EFICIÊNCIA NO USO DE RECURSOS. [Em linha]. [Consult. 05 jun. 2023]. EUROPEAN COMMISSION. Disponível em: https://poseur.portugal2020.pt/media/41801/gl_corrections_pp_irregularities_annex.pdf

PORTARIA n.º 701-G/2008 de 29 de julho. Diário da República, Série I. [Em linha] N.º 145/2008, 1.º Suplemento, de 2008-07-29, páginas 25 – 36. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/701-g-2008-575340>

PORTARIA n.º 371/2017. Diário da República, Série I. [Em linha]. n.º 239/2017, publicado em 2017-12-14 [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/701-g-2008-575340>

PORTARIA 57/2018. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 40/2018 Publicado em 2018-02-26. [Consult. 10 jan. 2023]. Regula o funcionamento e a gestão do portal dos contratos públicos, denominado «Portal BASE», e aprova os modelos de dados a transmitir. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/portaria/2018-114946609>

REGULAMENTO (UE, EURATOM) N.º 966/2012 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002. Jornal Oficial da União Europeia (JO L 298 de 26.10.2012, p. 1). [Em linha]. [Consult. 09 jun. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02012R0966-20170101>.

REGULAMENTO (UE, EURATOM) N.º 966/2012 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002. Jornal Oficial da União Europeia (JO L 298 de 26.10.2012, p. 1). [Em linha]. [Consult. 09 jun. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02012R0966-20170101>

RELATÓRIO anual 2021. Contratação Pública em Portugal 2021. IMPIC. BASE: Contratos Públicos - ONLINE. [Em linha]. [Consulta. 13 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/noticias/2022/relatorio-anual-de-contratacao-publica-em-portugal-2021>

RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 37/2021. Diário da República n.º 66/2021, Série I de 2021-06-04, p.8-49. Aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. [Em linha]. [Consult. em 19-01-2020]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/37-2021-160893669>

RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 38/2016. Diário da República, Série I, n.145. [Em linha]. p. 2484-2491. Presidência do Conselho de Ministros. [Consult. 15 out. 2022]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/38-2016-75060358>

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS n.º 141/2018. Diário da República. I Série 207. [Em linha]. (2018-10-26), p. 5089 – 5093. Presidência do Conselho de Ministros. [Consult. 15 out. 2022]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/resolconsmin/141/2018/10/26/p/dre/pt/html>

VASCONCELOS, António. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul com o nº 11.089/14.CA 2º Juízo. 04.12.2014. [Em linha]. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/47C39555A3DACA7580257DAA005468FC>

TRATADO Sobre o Funcionamento da União Europeia: Versão Consolidada. [Em linha]. [Consult. 07 Dez. 2019]. Disponível em eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT

OUTRAS REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS - BRASIL

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção 1. [Em linha] (05-10-1988), p. 1. [Consult. 05 mar. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CONVENÇÃO DA OCDE. Controladoria-Geral da União, 2007, 1ª Edição, Brasília: CGU. [Em linha]. [Consult. 12 out. 2022]. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha_com-marca.pdf

DECRETO-LEI nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da União - Seção 1. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021] - Suplemento - 27/2/1967, Página 4 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-200-25-fevereiro-1967-376033-publicacaooriginal-1-pe.html>

DECRETO nº 8.420 de 18 de março de 2015. [Em linha]. [Consult. em 02-09-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm

DECRETO nº 3.678 de 30 de novembro de 2000. Promulga no Brasil a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm

DECRETO nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.
Promulga no Brasil a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, da Organização dos Estados Americanos, de 29 de março de 1996, com reserva com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.html;

DECRETO nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. [Em linha]. [Consult. 28 nov. 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.

DECRETO nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Diário Oficial da União - Seção 1. [Em linha]. Publicado em 23/11/2017, Página 3 (Publicação Original). [Consult. 15 out.

2022]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9203-22-novembro-2017-785782-publicacaooriginal-154277-pe.html>

DECRETO nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42013574/do1-2018-09-24-decreto-n-9-507-de-21-de-setembro-de-2018-42013422

DECRETO nº 9.963 de 1 de janeiro de 2019. [em linha]. [consultado em 02-09-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9663.htm#art2

DECRETO nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022. Diário Oficial da União. Seção: 1. [Em linha]. Edição:18, Página: 1. Publicado em: 26/01/2022. [Consult. 02 de abr. 2021]. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.947-de-25-de-janeiro-de-2022-376059032>

DECRETO nº 11.129, de 11 de julho de 2022. Diário Oficial da União. [Em linha]. Publicado em: 12/07/2022. Edição: 130, Seção:1, Página: 1. [Consult. 22 mai. 2023]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.129-de-11-de-julho-de-2022-414406006>

LEI de Improbidade Administrativa - LIA. Lei nº 8.429, de 8 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa; Lei do Enriquecimento Ilícito (1992); Lei do Colarinho Branco (1992). Diário Oficial da União - Seção 1 - 3/6/1992, Página 6993 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1992, Página 1351 Vol. 6 (Publicação Original). [Em linha]. [Consult. 28 nov. 2021]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-norma-pl.html>

LEI nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União - Seção 1 - 22/6/1993, Página 8269 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1993, Página 1320, Vol. 6 (Publicação Original). [Em linha]. [Consultado em 25-01.2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

LEI nº. 9.613, de 3 de março de 1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012 e Lei nº 13.964 de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 2.799/98. [em linha]. [consultado em 07-06-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm

LEI nº 9.784, de 29, de janeiro de 1999. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

LEI nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União. [Em linha]. Publicado em: 02/08/2013. Edição: 148, Seção: 1, Página: 1. [Consult. 12 out. 2022]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-atualizada-pl.html>

LEI nº. 9.364 de 24 de dezembro de 2019. [em linha]. [consultado em 02-09-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/L13964.htm#art8

- LEI nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. [Em linha]. [Consult. 28 nov. 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm
- LEI nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da União. Publicado em: 01/04/2021. Edição: 61-F. Seção: 1 - Extra F. Página: 2. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>
- MEDIDA Provisória nº 1.167, de 21 de março de 2023. Diário Oficial da União. Edição: 63-C. Seção: 1 - Extra C de 31.03.2023. . [Em linha]. [Consult. 24 abr. 2023]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/529812/1/Medida%20Provis%C3%B3ria%201.167%2C%20de%2031%20de%20mar%C3%A7o%20de%202023.pdf>
- ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). [Em linha]. [Consult. 12 out. 2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/ocde/sobre-a-ocde-1/sobre-a-ocde>
- OPAS-OMS- Organização Pan-americana de Saúde/Organização Mundial de Saúde. [em linha]. [consultado em 10-01-2023]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>
- OPERAÇÕES Especiais. Estatísticas. [em linha]. [consultado em 10-04-2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/operacoes-especiais>
- PNCP- O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). [em linha]. [consultado em 10-04-2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br>
- PROFIP- Programa de Fomento à Integridade Pública. [em linha]. [consultado em 10-04-2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/profip>
- RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA OCDE SOBRE INTEGRIDADE PÚBLICA. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portal TCU.GOV.BR. RCA - RISCOS E CONTROLES NAS AQUISIÇÕES (RCA). [Em linha]. [Consult. 02 de nov. 2023]. <https://www.tcu.gov.br/arquivosrca/ManualOnLine.htm>
- TRIBUNAL de Contas da União. Referencial para avaliação de governança em políticas públicas. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-para-avaliacao-de-governanca-em-politicas-publicas.htm>
- TRIBUNAL de Contas da União -TCU. Roteiro de Avaliação de Maturidade da Gestão de Riscos. Brasília: TCU-Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, 2018.

Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Gestao%20de%20Riscos%20-%20Avaliacao%20da%20Maturidade.pdf>

TRIBUNAL de Contas da União-TCU. Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal: 2022. Brasília: TCU, 2022. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/07/C0/FC/925628102DFE0FF7F18818A8/lista_de_alto_risco_da_administracao_publica.pdf

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Em linha]. [Consult. 19 dez. 2023]. Acórdão nº 2.622/2015- Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1539501>

OUTRAS REFERÊNCIAS INTERNACIONAIS

ANTI-Kickback Statute (AKS.). [Em linha]. [Consult. 07 mai. 2023]. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Kickback_Statute

COMISSÃO Europeia. Documento de trabalho dos serviços da Comissão. Reexame da aplicação da política ambiental de 2019. [Em linha]. [Consult. 15 out. 2022]. Disponível em: https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/report_pt_pt.pdf

COMUNICAÇÃO da Comissão. Contratação pública: um espaço de dados para melhorar a despesa pública, impulsionar a elaboração de políticas baseadas em dados e melhorar o acesso das PME aos concursos (2023/C 98 I/01). [Em linha]. [Consult. 05 jun. 2023]. Disponível em: [ur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0316\(02\) &from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0316(02)&from=EN)

FCPA – Foreign Corrupt Practices Act (EUA – 1977) e United Kingdom Bribery Act (Reino Unido – 2010).¹ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ver artigo 3º. [Em linha]. [Consult. 12 out. 2022]. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf

FINANCIAL Action Task Force – FATF/GAFI. [Em linha]. [Consult. 05 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/countries/detail/Brazil.html>

OLAF - Organismo Europeu de Luta Antifraude. [Em linha]. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em: https://anti-fraud.ec.europa.eu/index_pt

UNITED Nations – Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (s/d). What is Good Governance? [Em linha]. [Consult. 15 out. 2022]. Disponível em <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>.

PRINCIPAIS SITIOS DE CONSULTA

www.base.gov.pt (IMPIC)

www.dgsi.pt (Direção Geral de Sistemas de Informação)

www.dre.pt (Diário da República)

www.pgdlisboa.pt (Procuradoria Geral Distrital de Lisboa)
[www. imprensa nacional.gov.br](http://www.imprensa nacional.gov.br) (Imprensa nacional brasileira)
www.planalto.gov.br (Governo brasileiro - legislação)