

AUTOSSANEAMENTO (*SELF-CLEANING*) E REABILITAÇÃO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO

Cesar Pereira

*Doutor e Mestre pela PUC-SP
Visiting Scholar da Columbia University
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

Rafael Wallbach Schwind

*Doutor e Mestre pela USP
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

1. Introdução

As penalidades de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade sempre foram vistas no Brasil como medidas *estritamente punitivas*. O raciocínio é simples: como punição pela ocorrência de atos graves que são incompatíveis com o ordenamento – tais como práticas de corrupção, fraude e lavagem de dinheiro –, proíbe-se que tais empresas possam participar de licitações realizadas pela Administração Pública por um período que pode se estender por vários anos. A punição rigorosa, mediante o afastamento de futuras contratações, é tida como instrumental para a realização da moralidade e da probidade.¹

Entretanto, em razão dos recentes casos de corrupção que vêm sendo noticiados, os juristas, com certa perplexidade, vêm-se deparando com questionamentos a respeito da necessidade – e do próprio cabimento – de se aplicar verdadeiras “penas de morte” às empresas condenadas². Afinal, é evidente que, em boa parte dos casos, a declaração de inidoneidade ou a suspensão do direito de participar de licitações por até cinco anos pode inviabilizar totalmente a continuidade das atividades comerciais das empresas penalizadas. Essa preocupação tem informado composições realizadas perante o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cujo enfoque vai além da pretensão punitiva e abrange a proteção do mercado competitivo.³

¹ Esta visão inspira o contundente artigo de Modesto Carvalhosa publicado no jornal “O Estado de S. Paulo”, edição de 18.8.2015, sob o título “A Petrobras e sua Dependência da Corrupção”, disponível em <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-petrobras-e-sua--dependencia-da-corrupcao,1745833>, acesso em 19.8.2015.

² Como exemplo, confira-se artigo de Floriano de Azevedo Marques Neto intitulado “Pena de morte e responsabilidade de empresas”, disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4155264/pena-de-morte-e-responsabilidade-dasempresas>, acesso em 31.7.2015.

³ Em 19.8.2015, noticiou-se a ocorrência de acordo no âmbito do CADE envolvendo a empresa Camargo Corrêa (disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/camargo-correa-admite-culpa-em-cartel-e-paga-mais-de-r-104-milhoes.html>, acesso em 19.8.2015). A notícia dá conta de acordo anterior relativo à empresa Setal.

Neste breve artigo, pretendemos demonstrar que o enfoque na pura e simples punição das empresas envolvidas com atos de corrupção não é a única abordagem possível do problema.

Inicialmente, faremos uma breve análise da figura do *self-cleaning* prevista nos ordenamentos norte-americano e da União Europeia, bem como nas regras de licitação do Banco Mundial⁴. A ideia geral é que a empresa punida possa readquirir a possibilidade de firmar contratos com a Administração Pública caso demonstre ter tomado medidas que assegurem a incoerência de condutas reprováveis no futuro.

Na sequência, pretendemos examinar em que medida é compatível com o ordenamento brasileiro esse enfoque baseado na adoção de medidas voltadas à prevenção de condutas delituosas futuras em substituição à aplicação da penalidade de vedação à celebração de contratos administrativos.

O objetivo será demonstrar, por meio da experiência do *self-cleaning* e da análise da sua compatibilidade com o direito brasileiro, que os interesses do Estado eventualmente podem ser mais bem protegidos ao se substituir práticas exclusivamente sancionatórias pela imposição de iniciativas que aqui denominaremos de “autossaneamento”.

Em obra destinada a um estudo comparado dos sistemas da União Europeia, Reino Unido, Estados Unidos e África do Sul, Sope Williams-Elegbe anota que a “*derogation from disqualification*” (afastamento da inidoneidade) pode assumir a forma de exceções à aplicação da pena e de medidas de reabilitação. O presente artigo dirige-se precipuamente a tais medidas de reabilitação, definidas por Williams-Elegbe como aquelas que um fornecedor pode adotar para que não mais seja considerado corrupto, tais como a eliminação da causa de inidoneidade pela demissão das pessoas que tiverem cometido os atos ilícitos e reorganização interna para garantir que atividades corruptas não mais possam ocorrer na empresa.⁵ No entanto, é relevante compreender a racionalidade das exceções à aplicação da penalidade, baseadas em razões de “*public interest (including public health), national security, emergencies and the economic consequences of impact of disqualification*”.⁶ Williams-Elegbe menciona diversos casos de afastamento do impedimento de contratar em função da necessidade pública de manter os fornecimentos das empresas responsáveis pela ilicitude, como os casos MCI World Com,⁷ Boeing e IBM.⁸ Este último caso é especialmente revelador. A IBM teve suspenso em 2008 o seu direito de licitar nos Estados Unidos; oito dias depois, a

⁴ Optou-se por fazer uma análise geral apenas no âmbito desses ordenamentos somente para limitar o âmbito da exposição. Medidas de autossaneamento são previstas em outros sistemas jurídicos, tais como os da Alemanha, Áustria, Itália, Israel, México, dentre outros, com efeitos variados.

⁵ *Fighting Corruption in Public Procurement – A comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Hart Publishing. 2012. p. 248. É perceptível que a prática brasileira relativa à aplicação das diversas penalidades aptas a acarretar o impedimento de licitar é mais próxima da África do Sul do que dos demais sistemas estudados por Williams-Elegbe (*ibid.*, pp. 266-267).

⁶ *Id.*

⁷ *Ibid.*, p. 252.

⁸ *Ibid.*, p. 258.

penalidade foi encerrada “*due to the disruption the government would have faced if the disqualification had remained in effect for longer*”.⁹

Cabe desde logo destacar que o autossaneamento de modo algum estimula a impunidade ou reduz a busca da probidade.¹⁰ As medidas de correção são necessariamente rigorosas, implicam pesados custos para os infratores e produzem alterações radicais nas empresas afetadas. Sua justificativa é que a necessária repressão à infração e aos infratores não deve implicar sacrifício de interesses coletivos mais bem atendidos pela manutenção da atividade econômica da empresa infratora que por sua destruição. Não há autossaneamento sem um severo programa de eliminação das condições que ensejaram a infração pretérita, a fim de se assegurar a impossibilidade de repetição da conduta ilícita.

Williams-Elegbe ressalta que “*the kinds of rehabilitation measures that will be considered adequate will depend on the approach of the jurisdiction to rehabilitation and the purpose of disqualification, since rehabilitation measures may not be appropriate in a jurisdiction where the purpose of disqualification is punitive*”.¹¹ No contexto do direito brasileiro, pode parecer surpreendente que a suspensão do direito de licitar, impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade possam não ter finalidade punitiva. Mas essa é a realidade em alguns dos sistemas internacionais mais avançados de compras governamentais. O afastamento de um potencial licitante em futuros contratos é entendido como providência destinada a impedir a concretização de novos danos à Administração Pública. Se tais danos podem ser prevenidos por meio de medidas menos drásticas, estas são preferíveis, tanto sob a perspectiva da própria Administração Pública (que passa a ter mais opções de contratação) quanto do universo de pessoas que dependem da atividade econômica da empresa punida.

Não se põe em dúvida que a visão tradicional do tema no Brasil – refletida ao menos em parte nos textos legislativos – é estritamente baseada na ideia de suspensão, impedimento ou inidoneidade como punição. O objetivo central deste artigo é discutir essa premissa: até que ponto é possível conciliar o direito positivo brasileiro com uma percepção mais matizada dos modos de combate à ilicitude no âmbito das licitações e contratações administrativas, evitando-se a confusão entre a punição da conduta pretérita e a prevenção de danos futuros?

⁹ *Id.* Não se deve ignorar o risco de abuso no afastamento das penalidades, cf. *ibid.*, p. 270-273. Algumas medidas destinadas a evitar abusos são: (i) o estabelecimento normativo de critérios para afastar as penalidades ou, quando menos, para definir quando o afastamento não é adequado, (ii) centralizar a competência para afastar as penalidades em autoridade pública diversa da que tem interesse direto na futura contratação do fornecedor, e (iii) exigir que a decisão de afastamento da penalidade seja confirmada por autoridade superior. O fundamental é assegurar que os afastamentos sejam aplicados de modo transparente e não discriminatório (*Ibid.*, p. 272-273).

¹⁰ Sobre isso, v. artigo de Jessica Tillipman, *infra*.

¹¹ *Ibid.*, p. 261.

2. A *self-cleaning* no direito europeu

2.1. Ideia geral de *self-cleaning* na União Europeia

As diretivas da União Europeia estabelecem que os seus Estados-Membros devem impedir que uma empresa condenada por corrupção, fraude, lavagem de dinheiro ou participação em organização criminosa firme contratos com a Administração Pública.

Na atualidade, a Diretiva 2014/24/UE é a que regula em geral a participação de empresas em licitações e contratações públicas, bem como os casos em que elas não poderão ser admitidas em tais procedimentos.¹²

Entretanto, ao mesmo tempo se prevê o conceito de *self-cleaning*, que permite uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a Administração Pública caso tomem determinadas medidas.

Em outras palavras, uma empresa que em tese poderia ser impedida de participar de licitações em virtude de se ter envolvido com práticas criminosas ou em ilícitos administrativos poderá ser admitida nos procedimentos licitatórios caso tenha tomado todas as medidas necessárias para assegurar que não incorrerá mais nas condutas reprováveis que praticou no passado.

2.2. A admissão das medidas de *self-cleaning*

Segundo Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Priess e Pascal Friton, em estudo publicado em 2009, apenas em alguns Estados-Membros da União Europeia – como é o caso da Alemanha e da Áustria – o princípio da *self-cleaning* já havia se tornado um conceito legal bem estabelecido. Em outros países, como França e Grécia, as autoridades públicas na prática não consideram as medidas de *self-cleaning* adotadas pelas empresas ao examinar a possibilidade de elas participarem de licitações.¹³

Entretanto, a aplicação do instituto vem sendo ampliada.

Vem-se consolidando o entendimento de que a aplicação de medidas de *self-cleaning* é uma necessidade que deriva dos próprios princípios fundamentais da União Europeia, nomeadamente os da livre circulação de mercadorias e serviços, da proporcionalidade e do tratamento igualitário.

Além disso, também vem sendo reforçada a ideia de que as previsões relacionadas ao impedimento à participação de licitações não têm por objetivo apenas a penalização das empresas. Diante da existência de uma série de propósitos que informam essas previsões, as medidas de *self-cleaning* devem ser levadas em conta no afastamento das punições em tese cabíveis. Isso em razão da

¹² Os casos de não admissão são previstos no artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE.

¹³ Self-cleaning – na emerging concept in EC Public Procurement Law? In: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (coord.). *Self-cleaning in Public Procurement Law*. Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 3.

aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que os vários propósitos das exclusões podem ser atingidos – inclusive com maior efetividade – pelo afastamento de penalidades nos casos em que as medidas de *self-cleaning* são aplicadas.

Bem por isso, a Diretiva nº 2014/24/UE dispôs bem mais detalhadamente sobre as medidas de *self-cleaning*. O item 6 do artigo 57º, que trata dos motivos de exclusão dos interessados nas licitações, tem a seguinte redação:

“6. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos nºs 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

Para o efeito, o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os fatos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

As medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida. Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.

Um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão não pode recorrer à possibilidade prevista no presente número durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos.”

Portanto, observa-se no direito comunitário europeu uma crescente aceitação da figura da *self-cleaning*. Vem sendo reconhecida a possibilidade de empresas penalizadas participarem de certames licitatórios desde que adotem medidas adequadas que se voltam a reparar os prejuízos provocados e impedir que novos atos ilícitos sejam praticados. Assim, em vez da penalização da empresa, proporciona-se uma reabilitação dessas corporações, de modo que suas atividades económicas prossigam normalmente.

2.3. Conteúdo das medidas de *self-cleaning*

Mas quais seriam as medidas de *self-cleaning* que, postas em prática pelas empresas, poderiam justificar o afastamento de uma penalidade de suspensão do direito de participar de licitações e de firmar contratos com a Administração Pública?

Na realidade, é impossível estabelecer “em tese” quais seriam as medidas suficientes em todo e qualquer caso. O conteúdo efetivo das medidas de *self-cleaning* dependerá de cada caso concreto, devendo-se levar em consideração a gravidade da conduta praticada, a sua duração, a sua recorrência, o seu impacto econômico e a adequação das medidas adotadas pela empresa à luz das peculiaridades do caso em questão.

O aspecto central é que as medidas de *self-cleaning*, em todos os casos, devem tornar o mais difícil possível a recorrência dos atos delituosos. Não se trata de instituir a impunidade, e sim de exigir a adoção de medidas eficazes que permitam restaurar a confiança que se espera de uma empresa séria.

De todo modo, a partir dos precedentes que já examinaram o assunto no âmbito da União Europeia e da literatura já produzida, deduz-se a existência de ao menos quatro elementos que as medidas de *self-cleaning* devem conter para que sejam bem-sucedidas:

2.3.1. Esclarecimento dos fatos

Antes de tudo, a empresa deverá contribuir com os procedimentos de investigação, de modo a esclarecer os fatos praticados e as responsabilidades de todas as pessoas envolvidas, de maneira compreensível e mais rápida possível.

O esclarecimento completo dos fatos é necessário inclusive para que se possa dimensionar adequadamente quais serão as medidas de *self-cleaning* apropriadas. Sem esse esclarecimento, as medidas subsequentes de *self-cleaning* não terão embasamento factual e não se poderá dar crédito a elas como um esforço efetivamente eficaz de eliminação da ocorrência de práticas delituosas.

Dentre as atividades relacionadas ao esclarecimento dos fatos, existem precedentes que optaram pela realização de auditorias especiais por contadores públicos ou terceiros independentes. O fundamental é que a empresa colabore efetivamente com as autoridades encarregadas das investigações.

2.3.2. Reparação dos danos

Nos casos em que a empresa efetivamente contribuiu para o esclarecimento dos fatos e pôde colaborar com as investigações, será necessário reparar os eventuais danos econômicos que foram ocasionados.

2.3.3. Medidas de pessoal

A empresa terá de tomar diversas medidas relacionadas ao seu pessoal. Trata-se de algo tão difícil quanto fundamental para os processos de *self-cleaning*. Na prática, isso significa que a empresa será obrigada a desligar os seus acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática de atos delituosos, de forma imediata e compreensível para eles.

Ou seja, a empresa terá de se assegurar que todas as pessoas envolvidas com a prática de atos fraudulentos realmente foram desligadas da companhia de acordo com as previsões trabalhistas, caso aplicáveis.

Particularmente no caso de acionistas, a empresa deverá se assegurar de que tais pessoas serão impedidas de ter qualquer influência na condução dos negócios da companhia. Esse tipo de influência pode derivar, por exemplo, de acordos firmados entre o acionista afastado e seus sucessores – que podem permitir de algum modo que o acionista afastado tenha certos poderes de ingerência sobre a empresa.

Nos casos em que a participação da pessoa foi menor (por exemplo, se ela apenas tinha ciência dos fatos e adotou condutas periféricas), medidas mais brandas poderão ser adotadas, tais como uma simples reprimenda.

2.3.4. Medidas estruturais e organizacionais

Uma vez que a empresa já tenha lidado com o passado e com o presente, caberá ainda adotar medidas voltadas para o futuro.

A Administração Pública somente considerará que as medidas de *self-cleaning* são suficientes se forem adotadas medidas estruturais e organizacionais pela companhia que sejam voltadas à prevenção da ocorrência de atos delituosos similares no futuro.

Há uma grande variedade de medidas cabíveis. Podem compreender, por exemplo, a realização de treinamentos *in-house* com membros de seus quadros de funcionários e colaboradores e a formulação de regras internas de conduta que se destinem à prevenção da ocorrência de atos delituosos – as quais deverão igualmente contemplar sanções em caso de transgressão. Essas regras internas de conduta podem, por exemplo, estabelecer padrões de comportamento que sejam adotados pelos funcionários nos casos de haver algum contato suspeito.

Outras medidas de organização da empresa podem envolver, por exemplo, o estabelecimento de um sistema duplo de controle e até mesmo a previsão de um rodízio de empregados em seus quadros – ao menos nos departamentos em que o pessoal tenha maior probabilidade de se envolver com atos de corrupção.

Há também a possibilidade de se adotar outras medidas preventivas, tais como o estabelecimento de um responsável pelo *compliance* da empresa e a nomeação de um *ombudsman*, que poderá ser acionado por eventuais delatores de práticas criminosas.

3. O autossaneamento no direito norte-americano

3.1. Ideia geral de autossaneamento nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a *corporate self-cleansing* é um princípio de governança segundo o qual empresas e organizações responsáveis terão sistemas internos de

controle para prevenir e detectar atividades ilegais e adotarão medidas corretivas nas situações em que ocorram atos dessa natureza.¹⁴

É interessante observar que o conceito de *corporate self-cleansing* deriva do reconhecimento de que atos incompatíveis com o ordenamento ocorrerão em qualquer organização, sendo que o importante é a maneira pela qual a empresa responderá a esse tipo de situação. Assim, o princípio da *corporate self-cleansing* reside no conceito de que é menos provável que haja a prática de atos ilícitos ou repetições de transgressões passadas quando se está diante de organizações responsáveis e éticas, com sistemas de controle e prevenção fortes, e que instigam a confiança em seus empregados, investidores, clientes e o público em geral.

Um esclarecimento importante é que o sistema norte-americano, tal como o do Banco Mundial, admite certa medida de discricionariedade às autoridades públicas para adotar medidas de reabilitação.¹⁵

O sistema europeu, ao contrário, baseia-se em uma distinção entre impedimentos de licitar obrigatórios e discricionários.¹⁶ O *self-cleaning* diz respeito ao afastamento dos impedimentos obrigatórios, uma vez que os discricionários podem ser afastados ou delimitados de modo originário em face da sua própria natureza. Um raciocínio próprio do sistema europeu encontra também ressonância no Brasil: “*it has been argued that the EU principle of proportionality imposes an obligation (independent of the derogation provisions) on procuring authorities to take rehabilitation measures into account in deciding to disqualify a supplier*”.¹⁷

3.2. Suspensão como medida apta a garantir a contratação de empresas responsáveis (e não propriamente como punição)

O sistema jurídico norte-americano reconhece as virtudes da *corporate self-cleansing* ao incentivar que as autoridades públicas tratem com maior leniência uma organização que adote ações corretivas apropriadas depois da prática de atos ilícitos. Assim, empresas que tenham adotado medidas apropriadas e eficientes contra a ocorrência de atos ilícitos podem ter alguns benefícios por terem se mostrado como boas corporações em vez de permitirem a ocorrência de situações similares.

Também no direito norte-americano, reconhece-se, ainda que com alguma disputa doutrinária, que a suspensão do direito de firmar contratos com a Administração Pública não tem cunho estritamente punitivo.

¹⁴ Sobre o assunto, confira-se o capítulo escrito por Richard J. Bednar, Angela B. Styles e Jill McDowell em: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (coord.). *Self-cleaning in Public Procurement Law*. Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 157-185.

¹⁵ Williams-Elegbe, *supra*, p. 261.

¹⁶ *Ibid.*, p. 262. A distinção é retratada em diversos itens do art. 57º da Diretiva 2014/24/UE. O item 3 é especialmente revelador do enfoque adotado pela Diretiva: “Os Estados-Membros podem prever uma derrogação à exclusão obrigatória prevista nos n.os 1 e 2, a título excepcional, por razões imperiosas de interesse público, como a saúde pública ou a proteção do ambiente”.

¹⁷ *Ibid.*, p. 263.

Nesse sentido, Jessica Tillipman sustenta que a suspensão do direito de firmar contratos públicos tem por objetivo central não propriamente a punição do particular, e sim a proteção da Administração Pública a fim de assegurar que ela somente estabeleça relações contratuais com empresas “responsáveis”. Tanto é que a suspensão só atinge contratos futuros e eventuais prorrogações contratuais, não contratos em execução, ressalvadas limitadas exceções.¹⁸ Além disso, as próprias regras que tratam do assunto (FAR 9.4) enunciam que a existência de uma causa para a suspensão da empresa não requer necessariamente que ela seja suspensa.

No mesmo sentido, Richard J. Bednar, Angela B. Styles e Jill McDowell apontam que a suspensão do direito de licitar pode ter efeitos irreversíveis, como também demonstram que o propósito não é punir o particular, e sim examinar se ele é responsável na atualidade, de modo que a Administração somente contrate empresas responsáveis¹⁹.

Cabe ao fornecedor o ônus da prova de que, diante de uma causa para desqualificação, esta providência não é necessária em face de fatores de reabilitação. Em contrapartida, “*disqualifying entities in the US have the discretion to decide that disqualification is not necessary where the supplier has taken measures to eliminate or prevent future corrupt activity*”.²⁰

3.3. As medidas de *corporate self-cleansing*

O conceito de *corporate self-cleansing* é aplicado em uma série de situações. Uma delas são os casos de impedimento à participação de licitações ou celebração de contratos públicos²¹.

Assim, se uma empresa que teve seu direito de ser contratada suspenso tomar determinadas medidas destinadas a autossanear os problemas verificados, poderá ser contratada pela Administração Pública justamente por demonstrar ser uma empresa responsável.

Diversas medidas podem ser tomadas para se obter esse autossaneamento,²² dependendo de cada concreto:

¹⁸ A house of cards falls: why “Too Big to Debar” is all slogan and little substance. *Fordham Law Review*. Vol. 80, p. 50-51.

¹⁹ V. capítulo sobre a *self-cleaning* nos Estados Unidos em: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (coord.). *Self-cleaning in Public Procurement Law*. Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 170-172.

²⁰ Williams-Elegbe, *supra*, p. 265.

²¹ No direito norte-americano, há as figuras da *suspension* e do *debarment*. Não cabe aqui examinar as diferenças entre elas. Para os objetivos deste breve artigo, basta a referência de que, nos dois casos, a empresa fica impedida de ser contratada pela Administração Pública.

²² Williams-Elegbe menciona que as FAR 9.406-1 especificam claramente as medidas de reabilitação que uma autoridade que pretenda aplicar a suspensão, impedimento ou inidoneidade pode tomar em conta (*supra*, p. 268 e nota 101).

3.3.1. Padrões de conduta e controles internos

Normalmente, as empresas devem instituir programas de ética e de *compliance*. Isso é essencial para afastar uma suspensão do direito de firmar contratos com a Administração Pública.

Além disso, podem ser instituídos controles internos e procedimentos que asseguram que os negócios da empresa serão conduzidos de modo adequado e íntegro.

3.3.2. Colaboração com as investigações

Empresas responsáveis voluntariamente colaboram para a descoberta de fatos e com a investigação de condutas ilegais. Trata-se de algo extremamente relevante para que a empresa demonstre que se tornou um parceiro responsável.

3.3.3. Pagamento de penalidades

A empresa preocupada em demonstrar que é um parceiro responsável em princípio deverá pagar todas as multas, custas e outras penalidades impostas depois de todos os recursos cabíveis. Algumas autoridades inclusive exigem que as empresas ressarcam a Administração pelos custos que ela teve com as investigações dos atos ilícitos.

3.3.4. Ações disciplinares

A empresa poderá ter de tomar medidas para desligar os funcionários envolvidos com a prática de atos delituosos, ou aplicar sanções específicas, dependendo do tempo de trabalho do funcionário e das responsabilidades atinentes a ele.

3.3.5. Implementação de ações corretivas

A empresa poderá demonstrar que é um parceiro responsável por meio da adoção de ações corretivas que eliminem as causas da prática de atos incompatíveis com o ordenamento. Deverá ser examinado se a supervisão do responsável pela prática dos atos ilícitos foi suficiente, se a visibilidade das ações do responsável era adequada e se os demais funcionários dispunham de meios para expressar suas preocupações com o que estava ocorrendo.

Tais ações corretivas podem abranger a contratação de um “*Independent Private Sector Inspector General (IPSIG)*”, que se reporta tanto ao fornecedor quanto à autoridade que houver aplicado a penalidade.²³

²³ Williams-Elegbe, *supra*, p. 268-269.

Cabe ao fornecedor o ônus da prova de demonstrar que a sua desqualificação para licitar não é necessária. No sistema norte-americano, o Poder Judiciário pode anular penalidade que implique a suspensão ou inidoneidade “*where a procuring authority has not taken mitigating or rehabilitation factors into account*”.²⁴

3.3.6. Reconhecimento da gravidade da conduta

Normalmente não se afasta uma penalidade de suspensão do direito de ser contratado pela Administração se o particular não reconhecer a gravidade das condutas e não instituir mecanismos de *accountability*. A aceitação das responsabilidades é um passo necessário para que seja implementado um processo de *self-cleaning* adequado e eficaz.

4. Banco Mundial

4.1. Impedimento de licitar e efeitos do autossaneamento

Os mecanismos de autossaneamento são considerados pelo Banco Mundial de duas formas distintas. Esse enfoque é especialmente útil para a aplicação do direito brasileiro, como se verá adiante.

Em primeiro lugar, podem ser levados em consideração na dosimetria da pena. O compromisso de adoção de programas de reabilitação ou autossaneamento pode levar à não-aplicação de penalidade de impedimento de licitar e à inclusão do licitante em um sistema de acompanhamento (“*conditional non-debarment*”). Nesse sistema, o fornecedor “*will not be disqualified but will be required by the Bank to implement a compliance programme*”.²⁵ O descumprimento do programa pode levar à decretação de inidoneidade ou à aplicação de um “*temporary debarment with conditional release*” em que haverá o impedimento de licitar até que o fornecedor permanecerá impedido até que haja cumprido as condições previstas para a cessação do impedimento.

Por outro lado, é possível ao fornecedor firmar uma espécie de acordo de leniência previsto no “*Bank’s Voluntary Disclosure Program*” (VDP), que implica o afastamento de qualquer penalidade de impedimento de licitar ou a limitação no tempo dessa penalidade que venha a ser aplicada. Segundo Williams-Elegbe, “*the VDP aims to fight corruption through prevention and deterrence and improve the Bank’s investigative capabilities through private-sector cooperation*”.²⁶ Enquanto o fornecedor cumprir o VDP, fica livre das penalidades de suspensão ou impedimento e a sua participação no VDP permanecerá sob sigilo. Porém, se o fornecedor descumprir o VDP “*by continuing to engage in misconduct, or failing to implement a compliance*

²⁴ Id.

²⁵ Williams-Elegbe, *supra*, p. 266.

²⁶ Id.

*programme or cooperate with a compliance monitor, the Bank will impose a mandatory 10-year disqualification on that supplier”.*²⁷

4.2. Medidas concretas de autossaneamento

O sistema do Banco Mundial é similar ao norte-americano no sentido de que há uma relação de medidas de autossaneamento suficientes para afastar a suspensão, impedimento ou inidoneidade.²⁸

Se as medidas relacionadas não forem consideradas suficientes, o Banco aplicará um impedimento temporário até que medidas internas complementares sejam aprovadas.

No que se refere ao programa de integridade (VDP), cabe ao fornecedor adotar um *“robust best practice corporate governance compliance program”*. Cabe ao fornecedor conceber o programa: *“The Bank is not prescriptive as to the contents of the compliance programme and the supplier determines what the elements of the programme will be. The programme must however be acceptable to the Bank”*.²⁹

5. Direito brasileiro

Nos limites destes comentários introdutórios, cabe examinar a compatibilidade genérica dos conceitos expostos com o direito brasileiro.

5.1. Aferição da compatibilidade entre os sistemas

O direito brasileiro apresenta uma pluralidade de hipóteses de sanções tendentes a afastar um potencial licitante de futuras contratações com a Administração Pública. Tais normas são aplicadas por autoridades administrativas das mais variadas ou pelo Poder Judiciário, conforme o caso.

Para se aferir a compatibilidade entre as normas existentes no direito brasileiro e os parâmetros que inspiram o autossaneamento no direito comparado, cabe examinar as diversas hipóteses tendo em vista os seguintes critérios:

- a) existência de discricionariedade ou vinculação na aplicação da sanção de afastamento do direito de licitar (suspensão ou impedimento do direito de licitar, declaração de inidoneidade e outras);
- b) consideração de medidas de autossaneamento na dosimetria das penalidades;
- c) consideração de medidas de autossaneamento na extinção superveniente de penalidades aplicadas ou na decisão de não aplicação de penalidades, de modo temporário ou definitivo; e

²⁷ *Id.*

²⁸ *Ibid.*, p. 269.

²⁹ *Id.*

- d) consideração de medidas de autossaneamento na reabilitação perante a entidade que aplicou a penalidade ou outra autoridade responsável pela reabilitação.

5.2. As previsões normativas e as respectivas competências

Em termos abrangentes, os mecanismos previstos no direito brasileiro para promover a exclusão de um potencial licitante de futuros certames ou contratos com o Poder Público são os seguintes:³⁰

- (i) suspensão do direito de licitar por até dois anos ou declaração de inidoneidade, nos termos do art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666, aplicado respectivamente pela própria entidade administrativa responsável pela licitação ou pela autoridade superior (Ministro de Estado, no âmbito do governo federal);
- (ii) impedimento de licitar por até cinco anos aplicado pelo Tribunal de Contas da União com base no art. 46 da Lei nº 8.443;
- (iii) impedimento de licitar por até cinco anos com base na legislação do pregão (art. 7º da Lei nº 10.520, art. 14 do Decreto nº 3.555 e art. 28 do Decreto nº 5.450), aplicado pela entidade administrativa responsável pela licitação;
- (iv) impedimento de licitar por até cinco anos no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com base no art. 47 da Lei nº 12.462, aplicado pela entidade administrativa responsável pela licitação;
- (v) impedimento de contratação por prazos de três, cinco ou dez anos, com base no art. 12 da Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa), aplicada pelo Poder Judiciário em medida proposta pelos legitimados legais (Administração Pública ou Ministério Público);
- (vi) suspensão de atividades, inclusive implicitamente a de contratar com o Poder Público, com base no art. 19, II, da Lei nº 12.846 (Lei Anticorrupção), aplicada pelo Poder Judiciário em medida proposta pelos legitimados legais (Administração Pública ou Ministério Público);
- (vii) impedimento de contratação com o Poder Público por cinco anos em face de doações eleitorais irregulares, com base no art. 81, § 3º, da Lei nº 9.504 (Lei Eleitoral), aplicada pela Justiça Eleitoral;
- (viii) proibição de participação de licitações por prazo não inferior a cinco anos, por infração ao direito concorrencial, com base no art. 38, II, da Lei nº 12.529, aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;
- (ix) acordos de leniência realizados no âmbito do CADE (arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529) ou sob a égide dos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846 (Lei Anticorrupção), este último podendo abranger as infrações próprias da Lei nº 12.846 e as da Lei nº 8.666.

³⁰ Há ainda outras regras nos planos estadual e municipal, como as que preveem a exclusão de registros cadastrais, e regras próprias aplicáveis a empresas estatais, como o item 7.3, “c” e “d”, do Regulamento anexo ao Decreto nº 2.745, de 1998, relativo à Petrobras.

Sobre este último ponto, o art. 17 da Lei nº 12.846 menciona expressamente apenas a Lei nº 8.666 como fonte das infrações passíveis de inclusão no acordo de leniência. Parece-nos que, em se tratando de norma benéfica ao acusado da infração, deve receber interpretação extensiva para abranger também outras punições de suspensão ou impedimento de licitar relativas a condutas praticadas em licitações ou contratos administrativos. Isso abrange as punições previstas nas leis e regulamentos do pregão e RDC, por exemplo, uma vez que se trata de penalidades da mesma natureza e competência administrativa das próprias da Lei nº 8.666. É mais duvidosa a possibilidade de o art. 17 ser estendido também a outras penalidades similares, como as de competência do TCU, CADE, Justiça Eleitoral e do juízo da ação de improbidade, em face de seus variados pressupostos e diferentes autoridades competentes para a aplicação. Pode ser necessária a intervenção de diversas autoridades para a eficácia plena do acordo de leniência. A situação é assimilável à prevista da Lei nº 13.140 (Lei de Mediação) em relação à conciliação sobre matéria objeto de ação de improbidade administrativa: *“nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá de anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”* (art. 36, § 4º).

5.3. Enfoque tradicional: medidas repressivas e punitivas, de aplicação obrigatória

Não parece haver dúvida de que a visão tradicional de tais providências no Brasil é repressiva e sancionatória. Toma-se a exclusão de futuros certames e contratos como aflição (sanção repressiva) vinculada a atos ilícitos praticados no passado, apurados em processo administrativo ou judicial regular, com observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Também é comum a percepção de que a aplicação de tais sanções é obrigatória, de modo que não haveria alternativa para a autoridade responsável senão aplicá-las. Os textos legais acima referidos variam nesse ponto, com critérios mais ou menos rígidos para a configuração da ilicitude e a quantificação da pena.

5.4. Compreensão abrangente do impedimento de licitar e contratar

No âmbito limitado deste artigo, não há condições para o cotejo detalhado de cada uma das variadas hipóteses de suspensão, impedimento e inidoneidade com os critérios de aferição de compatibilidade com as noções de autossaneamento definidos no item 5.1.

Porém, é possível perceber nas diversas regras e no regime jurídico subjacente (em especial em princípios como a culpabilidade e a proporcionalidade) certo grau de liberdade ao aplicador, consubstanciado em parâmetros de dosimetria da penalidade aplicada. Há regras, como a do art. 87, IV, da Lei nº 8.666, que expressamente aludem à persistência da medida *“enquanto perdurarem os motivos*

determinantes da punição”. Outras, como a previsão da medida aplicada pelo CADE, se inserem em um contexto mais amplo de análise do mercado que permite considerar, na decisão acerca da aplicação e a quantificação da medida, fatores externos à mera configuração do ato ilícito e culpabilidade do responsável.

As finalidades buscadas pelo regime brasileiro de combate à corrupção não são distintas das que se perseguem nos sistemas internacionais já referidos. A noção de autossaneamento pretende uma conciliação entre tais objetivos e os do regramento acerca das licitações e contratos administrativos, de modo que se atinja a finalidade de combate às práticas corruptas sem frustrar a busca da proposta mais vantajosa, a isonomia entre os potenciais licitantes, o desenvolvimento nacional sustentável e, em última análise, o progresso econômico e social.

5.5 Declaração de inidoneidade e autossaneamento

Um exemplo concreto de possível aplicação da noção de autossaneamento é o regime da inidoneidade segundo o art. 87, IV, da Lei nº 8.666. No sistema atual, há ampla discussão sobre os critérios de distinção entre essa figura e a da suspensão do direito de licitar (art. 87, III, da Lei nº 8.666) no que se refere às suas diferentes naturezas, durações, abrangências e procedimento para aplicação. Marçal Justen Filho afirma que uma explicação satisfatória para a diferença baseia-se na natureza das medidas, pois a suspensão tem natureza cominatória (o fornecedor permanece suspenso até que corrija a sua conduta) e a inidoneidade tem natureza punitiva pura – inclusive porque a reabilitação somente poderia ocorrer após dois anos (art. 87, § 3º).³¹

No entanto, é possível compreender que a reabilitação após o prazo mínimo de dois anos é apenas uma das hipóteses de extinção da medida. A expressão “*enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição*” existente no inc. IV do art. 87 corresponde a um dos mecanismos de operação do autossaneamento. A adoção de instrumentos de correção futura da estrutura do fornecedor punido corresponde à supressão dos motivos que ensejaram a aplicação da medida.

Visto o dispositivo sob o ângulo do autossaneamento, percebe-se que o único sentido possível da expressão contida no inc. IV é o de possibilitar a extinção da medida tão logo o fornecedor tenha condições de provar que a ilicitude praticada não tem a possibilidade de se repetir. Caso a regra se voltasse apenas para o passado, a expressão não teria sentido: os motivos que justificaram a inidoneidade (a conduta irregular) nunca deixarão de existir. O que poderá desaparecer é o *risco* que a contratação do referido fornecedor pode oferecer à Administração. As medidas de autossaneamento são precisamente o modo pelo qual se demonstra a inexistência desse risco. O ônus da prova é inteiramente do fornecedor sujeito à medida. Não há razão alguma para que a medida precise obrigatoriamente ser adotada e depois extinta em face da supressão dos motivos: caso já se demonstre no próprio

³¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, RT, 2015, 16ª ed., p. 1.156, com ampla referência à jurisprudência do TCU e do STJ, com critérios variados de distinção entre as figuras.

processo administrativo do art. 87, § 2º ou § 3º, da Lei nº 8.666, a adoção das medidas necessárias de autossaneamento, cabe desde logo deixar de aplicar a medida de suspensão ou inidoneidade, passando-se à fiscalização rigorosa do efetivo cumprimento das medidas de autossaneamento.

6. Conclusão

O debate sobre a aplicação da ideia de autossaneamento (*self-cleaning*) no direito brasileiro é necessário e urgente. A sofisticação dos instrumentos legislativos de combate à corrupção deve ser acompanhado da percepção dos efeitos potencialmente danosos dos mecanismos tradicionais de repressão das condutas corruptas. Por outro lado, a adoção do autossaneamento não pode ser uma panaceia, aplicada de modo indiscriminado com o resultado de frustração das finalidades do combate à corrupção e de consagração da impunidade. A experiência do direito comparado, notadamente europeu, norte-americano e de organismos internacionais como o Banco Mundial, com os instrumentos de autossaneamento é rica e aprofundada, com o estabelecimento de critérios para a identificação de situações de cabimento ou não desse regime, de medidas efetivas de correção (que podem ser e em geral são extremamente severas e sacrificantes), de instrumentos de fiscalização e de prevenção do abuso na exclusão de penalidades cabíveis e necessárias.

Cabe-nos repensar de modo crítico o sistema brasileiro de repressão à corrupção por meio da generalização da proibição de contratar com a Administração Pública. O CADE – cuja esfera de competência e qualificação técnica o posicionam de modo peculiar neste debate – parece estar atento aos efeitos anticoncorrenciais do mero afastamento de potenciais licitantes. É urgente aprofundar a análise dos instrumentos à disposição do Estado para que o necessário combate rigoroso à corrupção não se converta em um fator adicional na superação das dificuldades econômicas atuais.

Informação bibliográfica do texto:

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 102, agosto de 2015, disponível em www.justen.com.br/informativo, acesso em [data].