

A REGULAÇÃO BASEADA EM GESTÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NO DISTRITO FEDERAL: HOUVE CESSÃO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE MORALIDADE AO AGENTE ECONÔMICO PRIVADO?

The Management-based Regulation of the Integrity Program in the Federal District: Has the constitutional duty of morality been assigned to the private economic agent?

Submetido(submitted): 18/11/2019

Parecer(revised): 14/01/2020

Aceito(accepted): 26/01/2020

Victor Gabriel Rodrigues Viana de Oliveira *

Abstract

Purpose – To analyze the presuppositions of the regulation established by the District Law no. 6,308 / 2019 and to discuss the critique addressed to the legislation concerning the alleged transfer of the constitutionally delimited duty of morality, from the Public Administration to the private economic agent.

Methodology/approach/design – The research makes a bibliographical analysis of the roles of the State and the private agent within the Integrity Program, under the focus of the defense of administrative morality, having as guidelines the management-based regulation to explain the regulatory modeling of the legislation, to be implemented in 2020, and confirm its lessons as solutions found by the Federal District in the new anti-corruption conjuncture.

Findings – The regulatory design built in the context of the law fosters a sharing of social obligations for fairness, transparency and especially morality in the public contracts, giving the private agent a more active role in this scenario, but without excluding the State from the constitutional duty of protecting the public interest against possible attacks on administrative probity.

Originality/value – At the district level, the regulation on the Integrity Program innovated in the Brazilian legal system by focusing on the management of the private economic agent and not on the public sectors, as Decree no. 9,203 / 2017 at the federal level, thus raising debates concerning of the State in the administration of companies and a possible assignment of constitutional duties imposed on the Public Administration for the private agent.

Keywords: Integrity. Regulation. Management. Contract. Morality.

*Assessor da Casa Militar do Governo do Distrito Federal. Oficial da Polícia Militar do Distrito Federal. Bacharel em Direito. Graduado em Ciências Policiais. Especialista em Direito Público com ênfase em licitações e contratos. Especialista em Segurança Pública. Exerce a função de piloto de helicóptero do Governador do Distrito Federal. E-mail: victorgvrvo@gmail.com.

Resumo

Propósito – Analisar os pressupostos da regulação instituída pela Lei Distrital nº 6.308/2019 e discutir a crítica à legislação sobre a alegada transferência do dever de moralidade, constitucionalmente delimitado, da Administração Pública ao agente econômico privado.

Metodologia/abordagem/design – A pesquisa faz uma análise bibliográfica dos papéis do Estado e do agente privado no âmbito do Programa de Integridade, sob o enfoque da defesa da moralidade administrativa, tendo como linha estruturante a regulação baseada em gestão para explicar a modelagem regulatória da legislação, a ser implementada em 2020, e confirmar suas lições como soluções encontradas pelo Distrito Federal na nova conjuntura de combate à corrupção.

Resultados – O desenho regulatório construído no contexto da citada lei fomenta um compartilhamento das responsabilidades sociais em prol da lisura, da transparência e sobretudo da moralidade nos contratos públicos, dando ao agente privado um papel mais ativo nesse panorama, porém sem excluir o Estado do dever constitucional de proteger o interesse público contra eventuais atentados à probidade administrativa.

Originalidade/relevância do texto – Na esfera distrital, a regulação acerca do Programa de Integridade inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao incidir sobre a gestão do agente econômico privado e não sobre os setores públicos, como fez o Decreto nº 9.203/2017 em âmbito federal, suscitando assim debates concernentes à intervenção do Estado na administração das empresas e uma eventual cessão de deveres constitucionais impostos à Administração Pública para o particular.

Palavras-chave: Integridade. Regulação. Gestão. Contrato. Moralidade.

INTRODUÇÃO

Em contrapartida à eclosão dos inúmeros casos de corrupção na esfera pública brasileira, bem como para dar resposta aos movimentos sociais que exigem do Poder Público instrumentos e estratégias capazes de frear esses exemplos de atentados à probidade administrativa com danos consideráveis ao erário e, por conseguinte ao interesse coletivo, o Distrito Federal editou a Lei nº 6.308, de 13 de junho de 2019. A citada legislação dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de poder, nas hipóteses onde o valor global da avença é igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Ocorre que o Programa de Integridade, no contexto do Distrito Federal, já foi objeto de anterior normatização por intermédio da Lei Distrital nº 6.112,

de 02 de fevereiro de 2018, cuja implementação tem sido constantemente prorrogada, seja através da Lei Distrital nº 6.176, de 16 de julho de 2018, da legislação em epígrafe do novo Governo e, mais recente, do Decreto nº 40.388 de 14 de janeiro de 2020. Desde então tem sido alvo de insistentes debates, sobretudo para diminuir o grau de abrangência da obrigatoriedade¹, uma vez que a regra em comento impõe um significativo custo de efetivação.

E é nesse diapasão que exsurge o presente artigo cujo objetivo é demonstrar a legitimidade dessa injunção administrativa, sob o aspecto das prescrições constitucionais, do atual cenário social e político brasileiro e, em especial, de como o desenho regulatório proposto, com uma abordagem baseada em gestão, arquiteta o perfil de um Estado frugal e meta-gestor em um sistema de deveres compartilhados. Nesse sistema, garante-se maior flexibilidade ao ator privado, lidimando, por fim, o impacto das novas regras sob a égide do interesse público.

O texto é então dividido em três partes. Na parte preliminar, serão apresentados o conceito e os pressupostos da regulação baseada em gestão. Nessa abordagem, o regulador intervém na fase de planejamento e de gerenciamento das empresas, tal como na legislação em estudo, de maneira que as ações internas conduzidas pela norma regulatória direcionem a uma melhor gestão privada, cujos reflexos interferem em questões com ramificações sociais (BENNEAR, 2010; COGLIANESE e LAZER, 2003), e ao distanciamento das anormalidades (LOPES, 2018), tais como eventuais atentados à probidade administrativa.

Em seguida, será delimitado o Programa de Integridade no contexto do normativo editado no Distrito Federal, a vigorar a partir de 1º de janeiro 2020, restringindo-se por hora aos contratos administrativos, e identificando também os seus impactos no âmbito das empresas, principalmente na manutenção do interesse em contratar com o Poder Público.

Por fim, na terceira parte, serão delimitados os papéis dos atores envolvidos nesse panorama regulatório, quais as suas respectivas relações na garantia da moralidade administrativa, principal paradigma da controvérsia em lide, e como a escolha regulatória baseada em gestão se configura como estratégia estatal de ordenação eficiente do ambiente regulado e de resgate da

¹Na sanção em 02 fevereiro de 2018, o Programa de Integridade seria exigido para os contratos cujos valores fossem iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00. Atualmente, com a modificação da Lei Distrital nº 6.308, de 13 de junho de 2019, a obrigatoriedade atinge somente os contratos valor global é igual ou superior a R\$ 5.000.000,00. Ademais, as microempresas e as empresas de pequeno porte foram liberadas de alguns dos requisitos de avaliação do programa, conforme dispõe o artigo 5º do Decreto nº 40.388/2020, garantindo o tratamento favorecido já intensificado nas licitações.

ordem (ARANHA, 2018). Abre-se, assim, o caminho para um juízo de compartilhamento de responsabilidades sociais e de integridades recíprocas² extraídas da teoria.

REGULAÇÃO BASEADA EM GESTÃO: O ESTADO INTERVINDO INDIRETAMENTE DENTRO DA EMPRESA

Na atual concepção de mercado como produto do direito e da dinâmica regulatória cuja finalidade preeminente é a proteção dos direitos fundamentais, exsurge o papel do Estado regulador, como principal criador de lógicas e soluções frente às aflições sociais, em um contexto de contínuas decodificações e adaptações, sobretudo no bojo de uma sociedade fortemente politizada.

E esse papel de regulador pode se concretizar de diversas formas, como no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento e ordenação da economia, no gerenciamento de conflitos, dentre outros. Aranha (2018) define essas formas de regulação como “*atividades de índoles normativas e administrativas úteis e necessárias ao acompanhamento e redirecionamento de atividades econômicas em sentido amplo*” (ARANHA, 2018, p.128).

A regulação se configura então como uma irrupção de poderes para a satisfação de imperativos preliminarmente econômicos, mas com produção de utilidades de interesse público ainda mais abrangentes, onde o direito assume a importante função instrumental de coordenação e reflexão dos ditames regulatórios (LOPES, 2018).

Nessa competência reflexiva, os institutos jurídicos instrumentalizam um plano maior de administração das leis capazes de fornecer soluções complexas a fenômenos complexos (LOPES, 2018; TEUBNER, 1989), tal como se mostra a moléstia da corrupção na esfera pública, sobretudo no seio dos contratos administrativos.

Diante disso, Coglianesi e Lazer (2003) ensinam que o objetivo final de toda regulação é mudar a produção de “*outputs*” sociais, aqui entendidas como as disfuncionalidades³ ou desordens sociais atacadas pela intervenção normativa, protegendo a sociedade e garantindo, por fim, a manutenção dos princípios fundamentais.

²⁴A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas” (DWORKIN, 2007, p. 230).

³⁴A regulação, portanto, é uma força de coerência sistêmica – de resgate da ordem – quando as contradições internas em determinado sistema social revelam uma disfuncionalidade” (ARANHA, 2018, p. 31).

Dada essa importância, a regulação pode então atingir uma (ou mais) das três etapas das atividades de uma empresa: no planejamento, na tecnologia ou na performance, conforme intervenha na gestão interna da regulada, na sua atuação ou no seu desempenho, respectivamente.

Dentre essas escolhas regulatórias, percebe-se uma preferência do regulador nas ações baseadas em tecnologias ou em desempenho, as quais Coglianese e Lazer (2003) classificam como escolhas tradicionais, onde se criam regras impositivas para tecnologias, meios ou comportamentos específicos (regulação baseada na tecnologia ou *design*) ou exigem que certos resultados sejam alcançados ou evitados (regulação baseada no desempenho).

Contudo, essas escolhas não são totalmente eficazes em um ambiente diversificado, tendo em vista que podem obrigar investimentos excessivos ou insuficientes para o alcance dos fins esperados, uma vez que não se consideram as especificidades de cada regulado e a complexidade do sistema de mercado, a qual impossibilita em alguns aspectos uma uniformização regulatória, especialmente do ponto de vista dos custos de transação e da gama de possibilidades contratuais.

Na regulação baseada em gestão⁴, por sua vez, o regulador se envolve na administração e na elaboração das regras internas dos regulados, cujos esforços estão voltados à consecução de objetivos públicos⁵. Em outra ótica, pode-se explicar a regulação gerencial, como também é chamada, como um melhoramento da administração de uma empresa, promovendo objetivos privados com consequências reflexas no atingimento de um objetivo público.

O conceito subjacente dessa abordagem é alavancar no setor privado o autoconhecimento sobre suas circunstâncias particulares e envolver as empresas no desenvolvimento de procedimentos internos e práticas de monitoramento que respondam aos riscos, agregando em contrapartida valor à sociedade (COGLIANESE, 2010; CARVALHO, 2019)⁶.

Desta maneira, as abordagens baseadas no gerenciamento, por intervirem no estágio de planejamento das empresas, obrigando-as a melhorar sua gestão interna de modo a aumentar o alcance das metas públicas, propiciam também certa flexibilidade ao regulado que pode, analisando suas limitações e

⁴ “Em diferentes jurisdições e em várias áreas da política, a regulação baseada em gestão recebe outros nomes, incluindo regulação de processo, regulação baseada em sistemas, regulação *safety-case* e auto-regulação forçada” (COGLIANESE, 2010, p.159).

⁵ “A sociedade como um todo pode se beneficiar desses mecanismos de incentivo se a regulamentação privada contribuir para a consecução dos objetivos públicos” (SAURWEIN, 2011, p.342).

⁶ “Evidências empíricas indicam que a regulação com base na gestão pode levar as empresas a fazer mudanças comportamentais relacionadas ao risco e induzir mudança comportamental positiva na indústria” (COGLIANESE, 2010, p.159).

particularidades, desenhar uma resposta própria à regulação, como se depreende de Coglianesi (2010, p.160):

“Ao cobrar das empresas a responsabilidade de desenvolver suas próprias respostas a problemas públicos, a regulação baseada em gestão tira proveito do superior conhecimento sobre os riscos que elas geram e os métodos potenciais para reduzi-los. Como tal, os meios adotados pelas empresas em resposta aos mandatos baseados na gestão devem ser presumivelmente menos dispendiosos e mais eficazes do que os meios selecionados por um governo central regulador.”

Também na visão de Ayres e Braithwaite (1992), as ações promovidas pelas empresas sob uma abordagem gerencial podem revelar custos menores se comparados aos padrões impostos pelo governo, uma vez que o regulado possui melhor capacidade de colher e organizar as informações, promovendo a estratégia mais conveniente às condições financeiras⁷.

Parece um oxímoro falar em regulação com flexibilidade⁸, mas adotar abordagens alternativas e flexíveis, na visão de Benneer e Coglianesi (2012), pode ser eficaz, minimizar custos e preservar a liberdade aspirada pelos agentes privados.

Entretanto essa flexibilidade, embora mensure interesses privados⁹, deve estar adstrita ao atingimento da meta pública motivadora da regulação, conforme prelecionam Coglianesi e Lazer (2003, p.694):

“Sob as estratégias reguladoras baseadas na gestão, espera-se que as empresas produzam planos que atendam aos critérios gerais projetados para promover a meta social almejada. Critérios regulatórios para o planejamento da gestão especificam elementos que cada plano deve ter, tais como identificação de perigos, ações de mitigação de riscos, procedimentos para monitoramento e correção de problemas, políticas de treinamento de funcionários e medidas para avaliar e refinar a gestão da firma com respeito ao objetivo social declarado.”

Outra vantagem que alavanca a atração pela regulação baseada em gestão é a heterogeneidade do ambiente regulado, uma vez que quanto maior a dessemelhança na população de regulados, maior o grau desejado de não

⁷“(…) a delegação ou subcontratação de funções reguladoras às empresas reguladas é mais barato e mais eficaz do que as formas mais tradicionais de regulação pública “integrada”. Auto-regulação forçada ou não (...) é uma alternativa atraente à regulamentação governamental direta, porque o Estado simplesmente não pode se dar ao luxo de fazer um trabalho adequado por si só (...)” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p.103).

⁸“O termo regulação ‘flexível’ tem sido usado para descrever situações em que um regulamento permite que as entidades reguladas alterem seu comportamento para atingir a meta em face de novas informações” (BENNEAR e WIENER, 2019, p.10).

⁹“(…) se o regulador for bem-sucedido em forçar a empresa a estudar o problema, a empresa então “auto-regula”, implementando o plano porque seus interesses coincidem suficientemente com os do público” (COGLIANESE e LAZER, 2003, p.709).

uniformidade na regulamentação (BENNEAR, 2010; COGLIANESE, 2010; GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017).

Embora esse tipo de regulação represente uma intervenção dentro da organização da empresa, atingindo etapas de planejamento empresarial, o que pode aparentar uma invasão do Estado na gestão da empresa, adotar essa metodologia colaborativa causa menores impactos financeiros, respeita particularidades e permite, em regra, que o próprio regulado atualize sua metodologia sem formalismos¹⁰ ou outras burocracias engessadas pelas abordagens tradicionais.

Saurwein (2011) aborda esse tema tratando dos novos modos de governança, onde prevalece um método aberto de coordenação, baseado em estruturas de incentivo, método de aprendizagem mútua, argumentação e marcada, sobretudo pelo envolvimento de atores não-governamentais nas alternativas de regulação.

Neste foco, em se tratando da implementação de um programa de integridade como uma estratégia regulatória do Distrito Federal para proteger o erário e a boa-fé pública, conferir autonomia às empresas para promover suas próprias ações de prevenção e articular seus regulamentos para atender ao dispositivo legal minimiza custos e favorece a aceitação das novas regras, além de fortalecer a prestação de contas e a transparência (CAFAGGI, 2004).

Por vezes, alguns autores denominam essa abordagem também de “auto-regulação forçada” (BRAITHWAITE, 1982)¹¹, em face de alguns meios específicos que são mandatórios no âmbito da gestão do regulado, equiparando essa abordagem como uma forma de subcontratação de funções reguladoras para atores privados:

“(…) analisamos a auto-regulação forçada como uma forma de subcontratação das funções reguladoras para atores privados. Em particular, a auto-regulação forçada afirma que, em contextos específicos, será mais eficaz para as empresas reguladas assumir algumas ou todas as funções regulatórias legislativas, executivas e judiciais.” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 103).

¹⁰Ressalvada a hipótese de envolvimento do governo na fase de planejamento, exigindo uma autorização prévia: “o regulador revisa todos os planos de gestão antecipadamente e a empresa regulada deve receber pré-aprovação de seu plano antes de implementá-lo” (COGLIANESE e LAZER, 2003, p.716).

¹¹“Como auto-regulação, a regulação baseada em gestão oferece às empresas muita flexibilidade para selecionar as estratégias econômicas e inovadoras para redução de riscos (Unnevehr e Jensen, 1999). Mas ao contrário da auto-regulação propriamente dita, a regulação baseada na gestão pode ser - e é - imposta pelo governo (...). Por esse motivo, alguns estudiosos a chamam por vezes de ‘auto-regulação obrigatória’ (Bardach e Kagan, 1982; Rees, 1988) ou ‘auto-regulação forçada’ (Braithwaite, 1982) para distingui-la da pura auto-regulação” (COGLIANESE, 2010, p.166).

A analogia referente à subcontratação decorre da transferência ao regulado de poderes originários do regulador, cujo posicionamento traz em debate uma relevante questão na abordagem baseada em gestão: o papel coadjuvante do regulador (ou do Estado).

Diferentemente da regulação por excelência, hipótese onde a fórmula para se alcançar resultados é trazida pronta pelo Estado, em um contexto compartilhado e de meta-regulação¹², as empresas ganham maior espaço de atuação e, em contrapartida, maior responsabilidade no conjunto normativo (CAFAGGI, 2004; COGLIANESE, 2010).

O regulador, por sua vez, passa a atuar de maneira menos incisiva perpetuando um cenário de descentralização regulatória, de natureza frugal¹³, respeitando deste modo a ordem e as leis naturais que regem o ambiente de mercado ou, nas palavras de Foucault (2008), a verificação de mercado.

Essa razão governamental (ou arte de governar), assinalada na concepção foucaultiana fulcrada na liberdade de mercado, aponta a vigilância como único modo de governo legítimo, estabelecendo assim uma regulação interna da racionalidade governamental (FOUCAULT, 2008).

Isso significa que o regulador transmuta seus deveres de inscrição regulatória para o mercado, mantendo diretrizes menores pautadas em mínimos legais¹⁴, incumbindo-lhe residualmente a tarefa de fiscalizar (vigiar) o regulado, tal como ensina Foucault (2008, p.91):

“(...) no fundo, o que deve fazer um governo? Ele deve, é claro, dar espaço a tudo o que pode ser a mecânica natural tanto dos comportamentos como da produção (...) e não deve ter sobre eles nenhuma outra forma de intervenção, pelo menos em primeira instância, a não ser a de vigilância.”

O cenário de descentralização supracitado surge porque determinada atividade regulatória é exercida por pessoas distintas do Estado, o qual passa a atuar indiretamente no contexto administrativo (MELLO, 2010), demonstrando uma sutil retração da atuação estatal (SCHIRATO, 2017).

¹²Aranha (2018) ensina a meta-regulação como uma tecnologia de governo de sistemas sociais sediada “em mecanismos internos de controle empresarial (...), em que o Estado audita os regimes de controle interno das empresas” (ARANHA, 2018, p.34-35).

¹³“Alguém falou, no fim do século XVIII, claro, de um ‘governo frugal’. Pois bem, creio que, de fato, entra-se nesse momento numa época que poderíamos chamar de época do governo frugal (...) e de que sem dúvida ainda não saímos, que vemos desenvolver-se toda uma prática governamental, ao mesmo tempo extensiva e intensiva, com os efeitos negativos, com as resistências, as revoltas, etc. que se sabe, precisamente contra essas invasões de um governo que no entanto se diz e se pretende frugal” (FOUCAULT, 2008, p.40).

¹⁴“Na verdade, o ‘mercado livre’, isento de qualquer influência governamental, não existe. Todos os mercados legais são estruturados com regras estabelecidas pelos governos” (OSBORNE e GAEBLER, 1998, p.309).

Uma administração participativa por meio da descentralização, além de ter mais condições de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social (GUERRA, 2011), fortalece um equilíbrio de interesses, reinventando um governo não pelo que ele faz simplesmente, mas como ele funciona (OSBORNE e GAEBLER, 1998).

Evidências da escolha regulatória

Diante das conjecturas apresentadas, é possível apontar três evidências principais que justificam o desenho da legislação em estudo na escolha regulatória baseada em gestão: 1) a atuação no estágio de planejamento da organização; 2) a relativa flexibilidade na construção do plano e; 3) o comportamento frugal do regulador.

A primeira evidência é a atuação da lei na etapa de planejamento das contratadas com a Administração Pública, constituindo-se em uma regulação no seio da gestão da regulada, conforme descreve a Lei nº 6.308/2019:

Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato (...) com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a R\$ 5.000.000,00.

Para Coglianes e Nash (2004), uma estratégia baseada em gestão é usada por pessoas de fora de uma organização (Estado) quando querem alterar práticas e comportamentos de gestão daqueles que estão por dentro (empresa), corroborando assim a afirmativa da primeira evidência.

Já a segunda evidência revela que a legislação oportuniza flexibilidade ao regulado no momento em que este se envolve no desenvolvimento de regras e iniciativas internas compatíveis com a consecução dos objetivos regulatórios e na determinação dos meios menos onerosos para atingir esses fins:

Art. 4º (...)

§ 2º O Programa de Integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades da pessoa jurídica, cabendo a esta garantir o constante aprimoramento e adaptação do Programa visando à garantia da sua efetividade.

A multiplicidade de atores envolvidos no processo, bem como a expansão do poder do regulado dentro do espaço regulatório representa uma mudança de paradigma na governança de riscos (ROANE e SCHIFFINO,

2015)¹⁵ e, ao transformar a regulação estática em adaptativa, o Estado oportuniza a flexibilidade com respostas sociais baratas e por vezes mais efetivas.

Já a terceira evidência demonstra uma retração do regulador, que passa a atuar como fiscal do objetivo regulatório¹⁶, assegurando o cumprimento das prescrições mínimas definidas na lei:

Art. 13. Cabe ao órgão ou entidade fiscalizadora definida em ato do chefe de poder respectivo:

I - fiscalizar o Programa de Integridade quanto à sua implementação tempestiva, efetividade e conformidade legal;

Essa característica pode ser explicada pela nova concepção de governança e de administração pública gerencial¹⁷, que se pauta por uma gestão mais eficiente com a diminuição do tamanho do Estado¹⁸, uma vez que fornece formas flexíveis de gestão e confere autonomia aos governados.

Nota-se que ao adotar esse comportamento, a autoridade reguladora direciona sua atenção não aos resultados concretos, mas em verificar se o programa construído consegue estabelecer um sistema que realmente detecta não-conformidades e as corrige¹⁹.

Muito embora conhecer o papel do Estado como principal regulador da sociedade e do mercado nesse panorama gerencial seja importante, sobressai no desenho regulatório a necessidade de se implementar políticas eficazes, justas, racionais e socialmente legítimas, sob pena de instituir legalismos inócuos, plenos de resistência ou meros programas de fachada (FRAZÃO e MEDEIROS, 2018).

¹⁵ROANE, Julien; SCHIFFINO, Nathalie. L'hybridité au coeur de la gouvernance contemporaine du risque. L'exemple de la sécurité de la chaîne alimentaire en Belgique. **Revue Internationale des Sciences Administratives**, v. 81, p. 193-210, jan. 2015.

¹⁶Com o advento do Decreto nº 40.388 de 14 de janeiro de 2020, a Controladoria-Geral do Distrito Federal (CGDF) ganha papel de destaque na análise do programa.

¹⁷COELHO, Daniela. Elementos essenciais ao conceito de Administração Gerencial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37 n. 147, p. 257-262, jul./set. 2000 e MOREIRA NETO, Diogo F. Administração Pública Gerencial. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998.

¹⁸Movimento acompanhado em todo o mundo (KETTLE, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In PEREIRA, Luiz C. Bresser; SPINK, Peter K. **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2015).

¹⁹E essa tarefa estatal de fiscalização, embora semelhe coadjuvante, está diretamente relacionada ao sucesso da regulação baseada na gestão, visto que essa abordagem depende substancialmente da capacidade do governo em aumentar a probabilidade de detectar não-conformidades ou conceder caráter persuasivo às consequências adversas para a não-conformidade (COGLIANESE, 2003).

Moore (1995) afirma que os cidadãos querem de seus governos arranjos públicos que sejam eficientes e eficazes para alcançar resultados sociais desejados, concebendo uma definição de valor público²⁰ abrangendo a entrada, o processo, mas também a saída e as medidas de resultado.

Ora, mas como implementar uma regulação baseada em gestão, onde não se direciona tecnicamente ao resultado²¹, e atingir objetivos sociais legitimamente esperados? Pode-se esperar que a regulação baseada em gestão funcione para resolver problemas como a corrupção?

Para Coglianese e Lazer (2003), a intervenção regulatória, independente do estágio a qual se dirige, seja na gestão, na tecnologia ou no desempenho, afetará potencialmente os produtos, pois no escopo de toda regulação há um bem jurídico tutelado ou um fim público perseguido.

Embora a regulação baseada em gestão não exija um nível especificado de resultado, às vezes “*desfila sob a bandeira da regulação baseada em desempenho*” (COGLIANESE, 2017, p.535), fazendo dessa abordagem um meio-padrão com sutil repercussão nas saídas.

Logo, nesse raciocínio, é possível exigir das contratadas com a Administração Pública a preservação da moralidade e da lisura nos contratos administrativos, como resultados sociais, concedendo-as flexibilidade na construção de mecanismos de *compliance* próprios por meio da regulação baseada em gestão.

Por outro lado, essa assunção do papel protagonista pelo regulado, dada a inovação oportunizada nessa abordagem regulatória, vem também acompanhada de um acréscimo aos custos administrativos e de transação²² decorrentes da nova situação, uma vez que estabelece prerrogativas outrora atinentes ao regulador.

Diante disso, surgem duas perguntas centrais para legitimar a regulação baseada em gestão nessa perspectiva: por que as empresas investiriam nos

²⁰De maneira simplista, a definição de valor público, como objetivo do trabalho gerencial no setor público, perpassa pelas respostas efetivas às necessidades ou demandas coletivas que sejam politicamente desejadas (legitimidade), cujos resultados modifiquem aspectos anômalos da sociedade (MOORE, 1995).

²¹A regulação baseada em gestão não exige que as entidades reguladas efetivamente aprimorem seus resultados. Em vez disso, exige que elas se envolvam na análise, planejamento e criação de processos internos.

²²Por custos de transação entende-se os todos os custos envolvidos na seleção e implementação de uma regra regulatória eficaz, como os relativos à pesquisa, análise, monitoramento e fiscalização (COGLIANESE e LAZER, 2003). E como todo projeto a ser implementado no âmbito de uma pessoa jurídica, a análise dos custos, sejam eles de transação ou de punição, perpassa pelo jogo onde sujeitos racionais maximizadores de utilidade selecionam as melhores alternativas no cálculo de eficiência do mercado (LOPES, 2018).

custos adicionais para a implementação de diretrizes de integridade? É uma mudança social positiva condizente com o comportamento econômico racional?

Esses questionamentos conduzem o estudo para uma segunda etapa da análise da inovação legislativa impulsionada no Distrito Federal, que versa sobre os incentivos de cada ator no ambiente em comento e como a eventual sobreposição de interesses públicos e privados pode ser amenizada através da estratégia regulatória escolhida (SAURWEIN, 2011), sem, no entanto, desestimular certames licitatórios ou afetar o interesse do agente privado em contratar com a Administração Pública.

Entretanto, é preciso definir preliminarmente o programa de integridade e delimitar algumas características instituídas no ordenamento regulatório para então se avaliar a legitimidade da lei, contrabalanceando os custos prescritos e os resultados esperados com a abordagem gerencial.

ENTENDENDO O PROGRAMA DE INTEGRIDADE DA LEI Nº 6.112/2018, ALTERADA PELA LEI Nº 6.308/2019

Inicialmente, é importante esclarecer que a integridade não é outro nome para definir honestidade ou se trata de um mero traço de personalidade, seu conceito, segundo Becker (1998), diz respeito à lealdade aos valores racionais, praticados a despeito de pressões sociais e emocionais que tentam constranger o agente à violação de um dever.

Já para Erhard e Jensen (2014) o conceito traz à luz o sentido de “honrar a palavra”, que em um segmento empresarial, soaria como um grau de adesão à atitude de agir racionalmente de acordo com a própria identidade, valores ou cultura organizacional.

No presente contexto, essa “honra” se personificaria no princípio da moralidade e da ética nos mercados, além de um forte sentimento anticorrupção e de justiça desprendidos nos diversos subsetores da sociedade, sobretudo no âmbito dos contratos do Poder Público.

Um programa de integridade, por sua vez, reúne um conjunto de mecanismos e procedimentos internos alinhados em conformidades legais, éticas e outras próprias dos valores institucionais.

Estabelece-se assim uma estreita ligação entre integridade e conformidade (ou *compliance*), que nas palavras de Stigler (1974, p.56), é a “*regra de comportamento prescrito (ou proscrito) que a sociedade acredita que pode pagar*”²³, e que exige um constrangimento regulatório (ou *enforcement*) para persuadi-la à execução.

²³Lopes (2018, p.197) traduz esse conceito como sendo as regras “*que a sociedade acredita ser proporcional [eficiente]*”.

Do ponto de vista público, a integridade é entendida como o conjunto de “*arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente*” (CGU, 2015, p.5).

Já do ponto de vista das empresas, a integridade é a atuação dentro da legalidade, pautadas por valores e princípios éticos, “*buscando sempre defender a honestidade e impedir a ocorrência de irregularidades em seus negócios*” (SEBRAE, 2017, p.11).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ensina que a integridade é a “*pedra fundamental da boa governança*” (OCDE, 2018, p.5), considerando-a essencial não apenas para preservar a credibilidade das instituições públicas em suas decisões, mas também para assegurar um campo propício para os negócios privados.

Na busca por uma sociedade melhor, a integridade, em seu sentido amplo e puro²⁴, constitui-se em uma importante ferramenta visto que ela “*protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial*” (DWORKIN, 2007, p.227).

Para a Transparência Internacional Francesa, o combate à corrupção não pode ser conduzido sem a participação das empresas, as quais precisam se engajar e promover políticas de tolerância zero em face da responsabilidade social corporativa que detém (FRANCE, 2017).

Nesse sentido, Carvalho (2015) reconhece que o combate à corrupção é eficaz quando a promoção de mecanismos de integridade é favorecida pela autorregulamentação das empresas:

“(…) que empresas adotem programas de compliance, que deverão ter seu conteúdo criado e avaliado pelo próprio ente regulado. Com isso, pretende-se aliar o rigor da intervenção estatal aos benefícios da autorregulamentação. E (...), reconhecem que as próprias empresas têm expertise necessária para impor condutas internas de forma mais eficaz” (CARVALHO, 2015, p.40).

E essa vocação das empresas para o combate à corrupção²⁵ não surgiu agora com o conteúdo legislativo em análise. Para muitas, o programa de integridade já é um velho conhecido, uma vez que as regras anticorrupção estão disseminadas no contexto internacional desde a Convenção Interamericana

²⁴A virtude da integridade na leitura de Dworkin (2007) corresponde a um compromisso de agir coerente e fundamentado em princípios, na busca de valores como justiça, equidade e (acrescenta-se) segurança jurídica.

²⁵Para Rose-Ackermann (1975) existem dois tipos de corrupção: a corrupção política ou de grande porte, relacionada à adoção de leis e decisões políticas; e a corrupção burocrática, relacionada à sua aplicação. E é nessa segunda vertente que o presente estudo se dedica, uma vez que diz respeito ao abuso de poder por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação de regulamentos e políticas públicas e encontra no campo da execução contratual um de seus principais eixos.

contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1996²⁶.

Ressalta-se, ainda, que desde 1863 diplomas norte-americanos, a saber *The False Claims Act* (FCA)²⁷, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, e a *Lei Sarbanes-Oxley*, em 2002, já criminalizavam atos atentatórios à probidade, os quais inspiraram essa internacionalização de medidas e princípios anticorrupção, além da importância do engajamento das empresas na integridade do mercado público.

Contudo, a palavra integridade só passou a frequentar os textos jurídicos brasileiros após a edição da lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que disciplina a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Observa-se que o destinatário direto dessa lei não é o Poder Público, mas as pessoas jurídicas que com ele se relacionam, aparecendo os procedimentos internos de integridade como atenuantes em uma eventual responsabilização (cf. art. 7º, inc. VIII)²⁸.

Constrói-se aqui uma ideia de “apólice de seguro” para as empresas, onde o agente privado adota sistemas de gestão, pautados em ditames de integridade, a fim de evitar serem “atingidos” por responsabilizações governamentais (COGLIANESE e NASH, 2004).

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, o programa de integridade ingressou a esfera pública, restringindo-se, nesse momento, aos órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional federal, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Expandindo o ambiente de atuação, o programa de integridade passa a ter um conceito mais solidário, definido nesse normativo como sendo um conjunto estruturado de medidas institucionais de caráter preventivo e

²⁶Ratificada pelo Brasil em 07 de outubro de 2002.

²⁷Também chamada de Lei Lincoln, foi promulgada em 1863 cujo objetivo era responsabilizar aqueles que se utilizem de informações fraudulentas (§3279.a.1.B.), entreguem declarações falsas ao governo (§3279.a.e.) ou façam uso de registros falsos para assim diminuir ou evitar obrigações a serem pagas ou enviadas ao governo (§3279.a.1.G).

²⁸“Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

repressivo aos atentados à moral administrativa, “em apoio à boa governança” (cf. art. 2º, inciso I da Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018)²⁹.

O programa de integridade, neste diploma³⁰, possui quatro eixos, todos voltados para a Administração Pública, a saber: 1) o comprometimento e apoio da alta direção; 2) a instância responsável pelo plano; 3) a análise de riscos e; 4) o monitoramento contínuo (CGU, 2017).

Acompanhando a mesma tendência de normatização do programa, porém com um foco inverso, o Distrito Federal editou a lei nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018, alterada posteriormente pela lei nº 6.308, de 13 de junho de 2019, compactando alguns instrumentos e políticas de integridade, como a análise periódica de riscos, a adoção de procedimentos que assegurem a pronta interrupção das irregularidades, a criação de canais de denúncia, dentre outros.

O foco foi invertido porque, no Distrito Federal (DF), o programa será implementado no bojo das empresas e não nos órgãos ou entidades do Poder Executivo, trazendo desta feita o agente econômico privado para o papel protagonista na preservação da lisura nos acordos administrativos.

Surge, portanto, a necessidade de entender o porquê dessa inversão de alvos regulatórios no Distrito Federal, quando na esfera federal a mesma tarefa se concentra no Poder Público, fomentando um engajamento natural das empresas na adoção de programas de *compliance* como estratégia empresarial de ganhos sociais não-prescritivos³¹.

Assim, o que era uma recomendação de boa governança transmutou em uma obrigatoriedade legal para as empresas no âmbito do Distrito Federal, gerando uma série de debates, sobretudo no tocante aos custos de transação³²

²⁹“Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se: I – Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção, em apoio à boa governança”.

³⁰Além disso, o programa reúne a promoção da ética e de regras de conduta, a promoção da transparência ativa e dos acessos à informação, o tratamento de conflitos de interesse e nepotismo, o tratamento de denúncias, o funcionamento do controle interno e a implementação de procedimentos de responsabilização do servidor público.

³¹Sob o ponto de vista de que o funcionamento de um programa de integridade nas empresas representa uma atenuante em hipótese de responsabilização, além de cooperar para a celebração de um acordo de leniência, conforme alude a Lei Anticorrupção, é compreensível admitir que há uma parcial distribuição dinâmica do ônus da regulação também no âmbito da União.

³²Terminologia desenvolvida por Coase em 1937, e posteriormente por Williamsom, em 1979 e 1985, são todos aqueles gerados pela coordenação entre os agentes e pode incluir custos de pesquisa e prospecção para reunir comprador e vendedor, custos de informações e auditoria, custos de negociação, custos de execução e custos de redação. No presente contexto, definem-se como aqueles “derivados da necessidade de se adaptar, de renegociar e de fiscalizar os contratos por meio do monitoramento das cláusulas

impostos, já que a implementação de um programa de integridade acarreta um relevante impacto financeiro, haja vista inserir despesas de manutenção, de não-conformidade e de supervisão na gestão de gastos das contratadas.

Segundo Ralph (2014) os custos de transação podem incluir impactos de diversas ordens nas contratações públicas, a incluir a integridade:

“O custo de transação comumente reconhecido inclui (...) a imposição da conformidade com os contratos (...) e a observação, quantificação e processamento das informações necessárias para executar essas atividades. (...) os custos de transação podem incluir os impactos em qualquer um dos vários objetivos de compras do governo: (...) (2) integridade.”

Em outras palavras, enquanto não era uma imposição legal, mas se consubstanciava em boas práticas empresariais, o papel do regulado era passivo e focado em metas privadas³³. Já agora, com o advento dessa regulação distrital, a contratada passa a adotar práticas de gestão diretamente responsáveis no alcance de interesses públicos, acarretando uma inversão de papéis, questionada inclusive sob os preceitos constitucionais.

Mesquita (2019) entende que um programa de integridade criado no ambiente interno de uma empresa se difere do criado num órgão público em seu conteúdo, abrangência (eficácia), objetivos e em resultados. Mas com o advento da nova regulação, o programa ganha uma nova dimensão, já que seu conteúdo é escrito pelo próprio regulado, porém obedecendo linhas dirigidas e pré-moldadas pelo regulador, configurando assim um programa de criações compartilhadas.

Outrossim, insta esclarecer que a proposta apresentada pela Lei Distrital nº 6.112/2018 não se define como um *compliance* público-privado (MESQUITA, 2019), pois a inter-relação não se estabelece no mesmo grau de incidência e complexidade, pelo contrário, há uma maior participação do agente privado e uma retração do Estado na concepção dos conteúdos regulatórios, uma vez que a legislação veda “a interferência direta na gestão e a ingerência nas competências das pessoas jurídicas” (cf. art.13, §3º)³⁴.

estabelecidas” (NUNES, Paula M. S. Estratégias de Relacionamento com Stakeholders e seus impactos sobre os custos de transação: um estudo de caso da Aracruz Celulose. **Responsabilidade social nas empresas**: a contribuição das universidades. Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, Uniethos, Valor Econômico. São Paulo: Peirópolis, 2008, p.264).

³³Destaca-se no *compliance* privado ou empresarial que a “opção de elaboração, implementação e execução dos programas internos é da própria empresa privada, por isso a Controladoria-Geral da União marca bem o caráter não normativo ou vinculante das suas diretrizes e firma a autonomia privada na constituição da conformidade no ambiente interno da empresa” (MESQUITA, 2019, p.163).

³⁴“Art.13(...). §3º O órgão ou entidade fiscalizadora deve se ater, em relação ao Programa de Integridade, ao cumprimento do disposto nesta Lei, vedada nessa hipótese a interferência direta na gestão e a ingerência nas competências das pessoas jurídicas”.

Observa-se, em contraponto, uma resistência muito grande do mercado com essa inversão, motivo pelo qual a implementação do programa de integridade no Distrito Federal se prolonga há dois anos, tendo sido alvo de diversos adiamentos, restando, por último, à Controladoria-Geral do Distrito Federal a publicação dos procedimentos e diretrizes de avaliação quanto à aplicação e efetividade do programa até julho de 2020.

Inúmeras são as razões que militam contra a regulação, dentre as quais se destacam as fundadas em um possível aumento de preços e a consequente quebra do princípio da vantajosidade; no desinteresse das empresas em contratar com o Poder Público ante ao ônus imposto; na falta de estrutura nos órgãos e entidades do Distrito Federal para promover uma fiscalização eficiente; na colaboração de retornos supercompetitivos³⁵ os quais elevam ainda mais o custo regulatório atribuído à sociedade em geral (ANDRADE, 2017); ou ainda, na desconsideração da vontade do constituinte no tocante à defesa da moralidade imposta à Administração Pública e não ao agente privado, em dissonância com o *caput* do artigo 37 da atual Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...).

Entretanto, é importante conhecer a lógica e os significados da estratégia regulatória³⁶ adotada pelo Estado para conhecer verdadeiramente os objetivos públicos almejados, os interesses envolvidos e, quem sabe, legitimar a sua intervenção no bojo do mercado.

TUTELANDO A MORALIDADE NO AMBIENTE REGULATÓRIO

A partir da leitura do artigo 3º da Lei distrital nº 6.112/18³⁷, é possível compreender que ao buscar proteger a Administração Pública, provendo maior

³⁵Incentivo aos “agentes de mercado a buscar rendas extraordinárias, geralmente por meio de condutas ilícitas” (ANDRADE, 2017, p.139).

³⁶Na mesma linha, Edelman (1971) afirma que, por possuir um conteúdo semântico e utilitarista, a análise dos significados é o caminho para decifrar o objetivo de um regulamento.

³⁷“Art. 3º O Programa de Integridade tem por objetivos: I - proteger a administração pública distrital dos atos lesivos que resultem em prejuízos materiais ou financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; II - garantir a execução dos contratos e demais instrumentos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; III - reduzir os riscos inerentes aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua consecução; IV - obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais”.

segurança e transparência, além de obter melhores desempenhos nas relações contratuais, o programa de integridade se consolida como supedâneo do bem jurídico tutelado na legislação: a moralidade administrativa.

O princípio da moralidade está previsto em diversos dispositivos normativos, em especial na Constituição Federal e na lei que rege os contratos administrativos³⁸, e segundo Di Pietro (2017), consubstancia-se na conformidade do conteúdo legal, moral, nos bons costumes, nas regras da boa administração, nos princípios de justiça e de equidade e na ideia comum de honestidade, exigido sobretudo dos administradores.

Ademais, na construção de uma lei de conformidade, o regulador e o regulado assumem papéis distintos, mas ao mesmo tempo é possível observar um movimento no ambiente regulatório, onde a empresa é forçada a sair de sua passividade para ser um personagem ativo no panorama da conformidade e o regulador, por sua vez, move-se inversamente, pois como meta-gestor³⁹ e “delimitador”⁴⁰, é quem faz penetrar as regras confiadas à custódia das empresas (COGLIANESE e LAZER, 2003; FRISON-ROCHE, 2018).

E esse balanço, sobre o prisma regulatório, é essencialmente pertinente porque diante da norma, o regulado tende a avaliar a vantajosidade do fiel cumprimento do preceito e da assunção do novo papel, aferindo os custos e as consequências de uma eventual desobediência, efetuando, por fim, uma matematização do comportamento em vistas aos interesses empresariais.

De acordo com Becker (1998), na determinação de preferências, o agente econômico reflete sobre a melhor decisão levando em consideração informações disponíveis, probabilidades de eventos e potenciais custos e benefícios da escolha racionalizada, para então, agir consistentemente a ela de modo a maximizar sua felicidade ou utilidade.

E isso não significa que a empresa é descompromissada com valores éticos e morais, ou ainda é indiferente aos atos de corrupção ou outras irregularidades no trato com agentes públicos no bojo de um contrato administrativo, por exemplo, mas que o regramento de estruturas e procedimentos, em face do encargo contíguo, pode desestimular o alcance do objetivo almejado na legislação.

³⁸Art. 3º. (...) será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

³⁹“Com a regulação baseada na gestão, o governo assume o papel do que pode ser considerado um ‘meta-gestor’, buscando orientar e motivar as empresas a ordenar sua própria atividade econômica de maneira mais alinhada com os interesses sociais” (COGLIANESE e LAZER, 2003, p.713).

⁴⁰“(…) os reguladores públicos definem as finalidades e os reguladores privados os meios” (CAFAGGI, 2004, p.28).

Não obstante, se a legislação regulatória for vista pelo caráter estritamente prescritivo, diversas razões surgirão para turvar a implementação das novas regras, mas se, do contrário, forem compreendidas através do movimento social e institucional⁴¹ contra a corrupção, vivenciado no atual panorama político-econômico brasileiro, podem impulsionar o mercado, quebrando paradigmas no campo econômico-social.

Por detrás de uma norma de *compliance*, em especial a voltada ao combate à corrupção, encontram-se valores éticos necessários à formação de uma sociedade íntegra, despontando o princípio da moralidade como uma espécie de deontologia exigida dos agentes públicos, porém extensível também a quaisquer indivíduos que se relacionem com a gestão da coisa pública (MOREIRA NETO, 1992).

E este compromisso em atuar de forma socialmente responsável e ética das contratadas não está vinculado a uma estratégia de posicionamento empresarial e de imagem simplesmente, mas, de forma intrínseca, à sua responsabilidade como participante de recursos públicos, comprometida também com os princípios da Administração Pública.

Muito embora os custos da implementação de sistemas de gestão não devam ser negligenciados (COGLIANESE e NASH, 2004), resta ao agente econômico privado se perguntar: “*a integridade é atraente?*” (DWORKIN, 2007, p.226).

Estudos comprovam que a adoção de um programa específico de *compliance*, acarreta custos e prejuízos inferiores se comparados aos danos à reputação empresarial, às potenciais perdas de crédito e outras consequências de difícil mensuração financeira impulsionados pelos eventuais atos de corrupção (CANDELORO et al., 2012)⁴².

Assim, a integridade não é simplesmente uma questão financeira, mas uma questão de princípios, que, nesse viés, age no fortalecimento da imagem do organismo institucional no panorama social e de mercado e para tanto, não deve ser estritamente sopesado pelo dispêndio financeiro.

Por outro lado, na regulação o conhecimento recíproco desponta como atributo essencial para que a estratégia e os fins almejados abracem todo o ambiente regulado. Assim, no agir de vigilância, o Estado deve compreender

⁴¹Social ante as constantes manifestações desencadeadas desde a eclosão da Operação Lava-jato (março de 2014) e institucional, haja vista a elaboração de planos como as “10 Medidas contra a Corrupção” do Ministério Público Federal e outras em nível de Corporações engajadas em promover a lisura no ambiente público-político brasileiro.

⁴²Para cada U\$ 1,00 gasto, são economizados U\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade (COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010).

também o caráter econométrico das empresas e perpetuar escalas de medições racionais, sinérgicas e que oportunizem um equilíbrio econômico-financeiro nos contratos, observando também as normas sociais gestadas no ambiente a ser regulado (MESQUITA, 2019), sob pena de contrariar a essência da cultura de negócios.

Celso Bandeira de Mello (2010) ensina que há duas ordens de interesses que devem ser consideradas na relação em apreço: o interesse público, curado pela Administração, o qual pleiteia flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes e variações a que está sujeito; e o interesse particular que, por sua vez, postula por uma legítima pretensão ao lucro.

Parafraseando Lopes (2018), o Estado, em sua feição regulatória, arquiteta complexos empreendimentos dentro da lógica capitalista em busca de utilidades de interesse público, caracterizando no cenário um embate entre o sistema econômico e o sistema formado pelo poder político.

O desafio da norma reguladora é então harmonizar esses dois interesses e, superando o método impositivo, estabelecer uma cooperação entre os atores no ambiente regulatório, com fulcro na integridade dos mercados e na solidez do sistema.

Para Mesquita (2019, p.164) a dicotomia sistêmica entre interesses públicos e privados e a existência de normas centrais e sociais, justificam a necessidade de uma “*coparticipação público-privada setorial de direcionamento normativo e medida de conformidade externa à esfera pública*”, estabelecendo uma “*comunicação conformadora*”⁴³.

Sabe-se que quando o regulado participa da construção das regras regulatórias, embora a afirmativa não seja absoluta, decresce o nível de divergência entre interesses públicos e corporativos, fomentando um ambiente de protocooperação, onde atores públicos e privados colaboram na formulação de políticas, “*em vez de simplesmente brigarem entre si*” (SAURWEIN, 2011, p.349).

Para Selznick (1992) a capacidade de resposta aos desafios da sociedade inicia-se com o estabelecimento de um alcance e de empoderamento, tal como fomentou a abordagem baseada em gestão instituída na lei em epígrafe, ampliando a tutoria da moralidade administrativa que, embora exigida literalmente da Administração Pública, encontra na flexibilidade da auto-

⁴³Aproveita-se dessa preleção de uma comunicação conformadora entre o campo de interesse público e o de interesse privado em um setor econômico, muito embora a autora enfoque essa perspectiva no segmento público, diferentemente do contexto exposto no presente estudo, onde o programa se insere no bojo das empresas.

regulação dirigida⁴⁴ e no acesso privilegiado às informações que detêm as empresas contratadas com ela⁴⁵, melhores e mais efetivas ferramentas de assistência, investindo de poder o mercado e seus atores privados.

Nesse diapasão, a moralidade administrativa, como requisito da boa governança, “*deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública*” (DI PIETRO, 2017, p.149). Logo, ela não é exigida unilateralmente do Poder Público por força da expressividade constitucional⁴⁶, mas, alcançada sobre a ótica sistêmica de um contrato administrativo, investe também sobre a contratada cujo alcance pode ser mais efetivo na defesa de valores de probidade, razoabilidade e cooperação (MARRARA, 2016).

Com efeito, a constituição de um Estado pluriclasse, muitas vezes dividido na satisfação de interesses múltiplos, deve sustentar condutas pautadas no bem-estar coletivo, observando disciplinas que preservem e garantam a destinação finalística estabelecida na lei que erigiu, seja qual for o regime ou o interesse em jogo (MOREIRA NETO, 1992; OCDE, 2017).

Portanto, é possível determinar que embora as empresas tenham recebido um custo adicional ao negociar com o Estado (no âmbito do Distrito Federal), o desenho regulatório proposto se legitima ao passo que concede flexibilidade aos agentes privados, programados para a atenção dos interesses empresariais, apesar de pautados por diretrizes de interesse público, repercutindo por fim em um combate compartilhado em face das disfuncionalidades da corrupção tanto no ambiente público quanto no privado.

CONCLUSÃO

A lei como um instrumento regulatório deve se vestir como uma “*constituição*” que permite (e não coloniza) o mundo da vida, apresentando soluções deliberadamente mais efetivas a problemas que respondem às necessidades dos cidadãos (BRAITHWAITE, 2006).

⁴⁴Diz-se auto-regulação dirigida aquela onde ocorre uma troca entre o Estado e grupos privados, os quais aceitam limitar sua liberdade de ação sob dupla condição: a não-imposição autoritária e a autonomia para fixar normas para si próprios (MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto-regulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p.123-128, abr. 2002).

⁴⁵“(…) a empresa está em posição de ter informações que os outros não têm, por exemplo, sobre lavagem de dinheiro” (FRISON-ROCHE, 2018, p.4).

⁴⁶Para Vieira (2017, p.115), “a norma constitucional está subordinada às condições naturais, técnicas, econômicas e sociais do ambiente que ela se propõe a regular”, contextualizada ainda pelas condições históricas mais influentes, e portanto, não tem existência autônoma em face da realidade.

E nesse sentido, carrega sua infinidade de regras acompanhadas de princípios os quais promovem a circulação de conteúdos morais, econômicos e políticos (LOPES, 2018), sem, no entanto, parecer indiferente ao contexto dos direitos sociais circundantes (ARANHA, 2018).

Portanto, a mobilização dos agentes privados para preservar a integridade do contrato, provocando responsabilidade ativa para melhorar resultados no futuro⁴⁷, representa extrair ao máximo a capacidade regulatória no afã de prevenir e combater a corrupção, que tem alcance destrutivo em toda a sociedade, por representar um vilão do interesse público⁴⁸.

E um desenho de meta-regulação que concede flexibilidade ao regulado e que, ao mesmo tempo, amplia o nível de fiscalização das anormalidades, intensificando a autonomia e a diminuição do elemento burocrático estatal, encontra melhor guarida em comparação com abordagens tradicionais de regulação.

Ao aplicar o programa de integridade no bojo das empresas, a Lei Distrital nº 6.308/2019, inscrita sob o esqueleto da regulação baseada em gestão, inovou no sistema regulatório ao pretender expandir a responsabilidade social de proteção à lisura administrativa ao agente privado, oportunizando teoricamente, dessa maneira, maior eficiência e produtividade em comparação à implementação ocorrida singularmente na Administração Pública.

Incumbe ao poder público, no entanto, desenvolver estratégias de gestão razoáveis e proporcionais, dentro do seu papel mediador, para não turvar o equilíbrio econômico dos contratos e desestimular o mercado de contratar com o Estado, sem contudo deixar de lado os fundamentos maiores da indisponibilidade do interesse público e do fortalecimento dos valores de integridade pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. *A regulação do mercado de compras públicas no Brasil: a procedimentalização administrativa e a construção do conceito de interesse público*. 227 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

⁴⁷Heurística de Ayres e Braithwaite (1992).

⁴⁸Para Rose-Ackerman e Palifka (2016), a corrupção é o abuso de um poder confiado para ganhos privados, desrespeitando o interesse coletivo.

- AYRES, Ian, BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate**. New York: Oxford, 1992.
- ARANHA, Márcio Ioro. **Manual de Direito Regulatório**. 4 ed. ver. ampl. Londres: Laccademia Publishing, 2018.
- BECKER, T. E. Integrity in organizations: beyond honesty and conscientiousness. **The Academy of Management Review**, v. 23, n. 1, 1998.
- BENNEAR, Lori Snyder. Evaluating Management-Based Regulation: A Valuable Tool in the Regulatory tool box? In COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer. **Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies for Improving Environmental Performance**. Washington D.C.: Resources for the Future Press, 2010.
- BENNEAR, Lori S. COGLIANESE, Cary. Flexible Approaches to Environmental Regulation. In: **The Oxford Handbook of U.S. Environmental Policy**. Oxford, U.K.: Oxford University Press Oxford University Press, 2012.
- BENNEAR, Lori S. WIENER, Jonathan. **Adaptive Regulation: Instrument Choice for Policy Learning over Time**. Durham, N.C: Draft Working Paper, 2019.
- BRAITHWAITE, John. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. **Michigan Law Review**, n. 80, pp. 1466-1507, 1982.
- BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.
- BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? **Regulation & Governance**. v. 1, n. 1, p. 1-7, mar. 2007.
- CAFAGGI, Fabrizio. Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : Participation, Autorégulation et Régulation Privée. **Revue française d'administration publique**, n.109, p. 23 -35, jan. 2004.
- CANDELORO, A. P. P.; RIZZO, M. B. M. de; PINHO, V. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

- CARVALHO, Angelo G. P. de. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. *Journal of Law and Regulation*, v.5, n.1, p. 91-114, maio 2019.
- CARVALHO, Paulo R. Galvão. Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act Norte Americano e o Bribery Act do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge M.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Org.) *Lei anticorrupção*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- COGLIANESE, Cary. Management-based Regulation: Implications for Public Policy. *OECD Reviews of Regulatory Reform*. Risk And Regulatory Policy: Improving The Governance Of Risk, p.159-183, abr. 2010.
- COGLIANESE, Cary, The Limits of Performance-Based Regulation. *University of Michigan Journal of Law Reform*. v. 50, n. 3, p. 525-563, ago. 2017.
- COGLIANESE, Cary; LAZER, David. Management-based regulation: prescribing private management to achieve public goals. *Law & Society Review*. v. 37, n. 4, p. 691-730, dez. 2003.
- COGLIANESE, Cary. NASH, Jennifer. *Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies for Improving Environmental Performance*. Cambridge, MA: Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2004.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília: CGU, 2015.
- DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EDELMAN, Murray. *Politics as Symbolic Action: Mass Arousal and Quiescence*. New York: Academic Press, 1971.
- ERHARD Werner; JENSEN, Michael C. Putting integrity Into Finance: A Purely Positive Approach. *NBER Working Paper*, n. 19986, p.3-64, mar. 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VIANA DE OLIVEIRA, V. G. R. *A Regulação baseada em Gestão do Programa de Integridade no Distrito Federal: houve cessão do dever constitucional de moralidade ao agente econômico privado?* *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 6, nº 1, p. 117-143, maio 2020.

- FRANCE, Transparency International. *Dispositif Anticorruption de la Loi Sapin II: Guide pratique pour la mise en oeuvre des mesures anticorruption imposées par la loi aux entreprises*. Paris: Transparency International France, 2017.
- FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos Programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Enterprise, Regulator, Judge: think compliance by these three characters. In BORGA, N., MARIN, J.-Cl., RODA, J.-Ch. (org.). *Compliance: l'entreprise, le régulateur et le juge*. Série Régulations & Compliance, 2018.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le droit de la régulation. *Le Dalloz*, n.7, p.610-616, 2001.
- GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Trust, culture and the limits of management-based regulation: Lessons from the mining industry. In DRAHOS, Peter (org.). *Regulatory Theory: Foundations and Applications*. Canberra: ANU Press, 2017.
- GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?. *Rev. direito GV*, São Paulo , v. 7, n. 1, p. 131-152, jun. 2011.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, jan. 2016.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MESQUITA, Camila Bindilatti Carli. O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU). *Journal of Law and Regulation*, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio 2019.
- MOORE, Mark H. *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p.1-44, 1992.
- OCDE. *Relatórios Econômicos OCDE: Brasil 2018*. Paris: OCDE, 2018.
- OCDE. *Recomendação do Conselho da OCDE Sobre Integridade Pública*. Paris: OCDE, 2017.
- OSBORNE, D. GAEBLER, T. *Reinventando o Governo*. Brasília: MH Comunicação, 1998.
- RALPH, Aaron S. Transaction Management: A Systemic Approach to Procurement Reform. *Public Contract Law Journal*, v. 43, n.4, p. 621-652, 2014.
- ROSE-ACKERMAN S. The economics of corruption. *Journal of Public Economics*, v.4, ed. 2, p.187-203, 1975.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- SAURWEIN, Florian. Regulatory Choice for Alternative Modes of Regulation: How Context Matters. *Law and Policy*, v. 3, n.3, p.334-366, jul. 2011.
- SELZNICK, Philip. *The moral commonwealth: Social theory and the promise of community*. Berkeley, CA: University of California Press, 1992.
- SCHIRATO, V. Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre S.; MARQUES NETO, Floriano de A. (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SEBRAE. *Integridade para pequenos negócios: Construa o país que desejamos a partir da sua empresa*. Brasília: IComunicação, 2017.
- TEUBNER. Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- VIEIRA. J. N. de S. Reforma regulatória no Brasil: desafios à efetiva competição no refino de petróleo. *Journal of Law and Regulation*, v. 3, n. 1, p. 107-132, maio 2017.

Normas e Julgados

BRASIL. Congresso Nacional. Lei de licitações. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 ago. 2013.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 40.388, de 14 de janeiro de 2020. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas que celebrem contratos, consórcios, convênios, concessões ou parcerias público-privadas com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal, de acordo com a Lei nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 15 jan. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 06 fev. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.308 de 13 de junho de 2019. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 14 jun. 2019.