



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉA PINHO ALBUQUERQUE DA CUNHA

***DUE DILIGENCE* PREVENTIVO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
Instrumentos de *compliance* da primeira linha de defesa nos contratos
administrativos**

Recife

2024

Andréa Pinho Albuquerque da Cunha

***DUE DILIGENCE* PREVENTIVO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
Instrumentos de *compliance* da primeira linha de defesa nos contratos
administrativos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de mestre(a) em Direito. Área de concentração: Transformação do Direito Público. Linha de pesquisa 1.2. – Estado e Regulação.

Orientador (a): Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife
2024

.Catalogação de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Cunha, Andrea Pinho Albuquerque da.

Due diligence preventivo nas contratações públicas:
instrumentos de compliance da primeira linha de defesa nos
contratos administrativos / Andrea Pinho Albuquerque da Cunha. -
Recife, 2024.

130f.: il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, 2024.

Orientação: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

Inclui referências e anexo.

1. Governança; 2. Controle; 3. Contratos administrativos; 4.
Licitações; 5. Due diligence; 6. Know your customer. I. Nóbrega,
Marcos Antônio Rios da. II. Título.

UFPE-Biblioteca Central

ANDRÉA PINHO ALBUQUERQUE DA CUNHA

***DUE DILIGENCE* PREVENTIVO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
Instrumentos de *compliance* da primeira linha de defesa nos contratos
administrativos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público. Linha de pesquisa 1.2. – Estado e Regulação.

Aprovado em: 29/11/2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho (Examinador Externo)
Instituto Legislativo Brasileiro

RESUMO

Desde o início do novo milênio, e especialmente a partir da implementação de uma política de governança obrigatória para toda administração pública federal direta, autárquica e fundacional por meio do Decreto nº 9.203/2017 e da ratificação desse modelo na nova norma geral de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021), o ordenamento jurídico brasileiro vem, cada vez mais, enaltecendo o controle interno nas contratações públicas como importante instrumento não só de conformidade dos atos de gestão, mas também de mitigação de riscos nos negócios, atuando, outrossim, na prevenção de desvios de verbas e outras fraudes. Contudo, a despeito dos inegáveis avanços legislativos e regulamentares promovidos nas últimas décadas em matéria de controle interno dos contratos públicos, é certo que boa parte deles ainda se mostra suscetível a diversas fragilidades, notadamente relacionadas à falta de um exame mais acurado acerca do fornecedor a ser contratado, colocando em risco a boa execução do objeto contratual, e ensejando, assim, severos prejuízos à sociedade. Em outros termos, é possível depreender-se que há uma subvalorização do risco do negócio por parte da Administração Pública no ato da contratação. É nesse contexto que o presente trabalho se propõe a verificar, com base no método hipotético-dedutivo, se a adoção, pela primeira linha de defesa das contratações públicas, de um procedimento de *due diligence* já bastante usual na iniciativa privada denominado *Know Your Customer* (KYC), mostrar-se-ia hábil a detectar fraudes e prevenir danos ao erário e encontraria consonância com os pilares legais.

Palavras-chave: governança; controle; contratos administrativos; licitações; *due diligence*; *know your customer* (KYC).

ABSTRACT

From the beginning of the new millennium, and especially since the implementation of a mandatory governance policy for all direct, autarchic and foundational federal public administration through Decree n. 9.203/2017 and the ratification of this model in the new general rule for bidding and contracts administratives (Law n. 14.133/2021), the Brazilian legal system has increasingly praised internal control in public contracts as an instrument not only for the compliance of management acts, but also for mitigating risks in business, acting, in addition, in preventing embezzlement of funds and other frauds. However, despite the undeniable legislative and regulatory advances promoted in recent decades in terms of internal control of public contracts, it is certain that a large number of them are still susceptible to various weaknesses, notably related to the lack of a more accurate examination of the contracted supplier, putting the proper execution of the contractual object at risk, and thus causing severe losses to the present. In other words, it is possible to infer that there is an undervaluation of the business risk by the Public Administration at the time of contracting. It is in this sense that the present work proposes to verify, based on the hypothetical-deductive method, whether the adoption, by the first line of defense of public contracts, of a due diligence procedure already quite common in the private sector called Know Your Customer (KYC), would prove capable of detecting fraud and preventing damages to the treasury and would be in line with legal pillars.

Keywords: governance; control; administrative contracts; biddings; due diligence; know your customer (KYC).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BCB	Banco Central do Brasil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFC	Conselho Federal de Contabilidade
CFT	Combate ao Financiamento ao Terrorismo
CIPFA	<i>The Chartered Institute of Public Finance & Accountancy</i>
CGU	Controladoria-Geral da União
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNAE	Classificação Nacional de Atividades Econômicas
COAF	Conselho do Controle de Atividades Financeiras
COFECI	Conselho Federal de Corretores de Imóveis
COFECON	Conselho Federal de Economia
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission</i>
CPF	Cadastro de Pessoa Física
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPJ	Cadastro de Pessoa Jurídica
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DREI	Departamento de Registro Empresarial e Integração
FCPA	<i>Foreign Corruption Practices Act</i>
IFAC	<i>The International Federation of Accountants</i>
IIA	<i>Institute of Internal Auditors</i>
IN	Instrução Normativa
IP	<i>Internet Protocol</i>
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
KYC	<i>Know Your Customer</i>
KYE	<i>Know Your Employee</i>
KYS	<i>Know Your Supplier</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
M&A	<i>Merges and Acquisitions</i>
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PEP	Pessoa Exposta Politicamente
PLD	Prevenção à Lavagem de Dinheiro
PREVIC	Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PSO	<i>Public Service Orientation</i>
RG	Registro Geral de identidade
SEC	<i>U.S. Securities and Exchange Comission</i>
SERASA	Serviço de Assessoria S.A.
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SOX	<i>Sarbanes-Oxley Act</i>
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	Metodologia	13
2	MARCO TEÓRICO: GERENCIALISMO E GOVERNANÇA PÚBLICA	15
2.1	Breve incursão histórica sobre os modelos teóricos de Administração Pública	15
2.2	Governança pública: aspectos fundamentais	22
2.2.1	Liderança	26
2.2.2	Estratégia	34
2.2.3	Controle	39
2.2.3.1	<i>Mitigação de riscos</i>	40
2.2.3.2	<i>Exame da conformidade legal, principiológica, ética, procedimental e finalística</i>	43
2.2.3.3	<i>Salvaguarda de recursos públicos</i>	45
3	O <i>KNOW YOUR CUSTOMER</i> COMO INSTRUMENTO DE COMPLIANCE	50
3.1	<i>Due diligence</i>: definição e características	52
3.2	A prática do <i>Know Your Customer</i> (KYC)	55
3.3	Influências legislativas do <i>due diligence</i> e do <i>know your customer</i> (KYC) no exterior e seus principais marcos legais e regulamentares no Brasil	59
4	A APLICAÇÃO DO <i>KNOW YOUR CUSTOMER</i> (KYC) COMO INSTRUMENTO DE COMPLIANCE A PRIMEIRA LINHA DE DEFESA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	71
4.1	O atual sistema de controle estabelecido pela Lei nº 14.133/2021: as linhas de defesa	73
4.2	A necessidade de adoção de um <i>due diligence</i> preventivo nas licitações e contratações públicas	80
4.3	A consonância do <i>due diligence</i> preventivo com os pilares constitucionais e infralegais vigentes para a Administração Pública	87
5.	SUGESTÕES DE APLICAÇÃO PRÁTICA	94

5.1	Como fazer o KYC no serviço público federal brasileiro?	96
5.2	Qual o momento propício para fazer o KYC?	107
6	CONCLUSÃO: ALGUNS IMPACTOS SOCIAIS DA PRESENTE PESQUISA	111
	REFERÊNCIAS	116
	ANEXO I – MINUTA DE DECRETO AUTÔNOMO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL	126

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de um controle sobre os atos da Administração Pública está intrinsecamente atrelada à própria ideia de democracia exaltada a partir do Estado de Direito. À medida que vai emergindo o ideal de que “todo poder emana do povo”, corolário inevitável é que também ao povo cabe fiscalizar a forma como esse poder vem sendo exercido em seu nome.

Nesse sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já preconizava em seu artigo 15 que “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”, reforçando esse paralelo inarredável entre democracia e controle.

Observe-se que esse preceito já albergava a ideia de que a fiscalização exercida pela sociedade recaía sobre a administração realizada pelo agente público, vale dizer, sobre a maneira como se gerenciava o patrimônio público. Nessa senda, interessante notar que o modelo de gestão adotado pela Administração Pública vem evoluindo desde o proclamado Estado Moderno, perpassando por fases que vem alterando sobremaneira o modo como o administrador lida com a coisa pública.

Da mesma forma, o controle exercido sobre a atividade administrativa também precisou acompanhar essas sucessivas transformações, aprimorando-se e, muitas vezes, mudando o seu foco com vistas a melhor se adequar à sua finalidade precípua.

Forte nessa premissa, especial alteração e aperfeiçoamento sofreu a atividade de controle interno no sistema jurídico brasileiro, em particular, nas últimas décadas, quando – tomando por empréstimos algumas iniciativas do seio corporativo que se mostraram bastante prósperas – vem ganhando força a implementação de uma política de governança na Administração Pública, a qual traz ínsitos novos mecanismos e paradigmas de gestão.

É que, a partir de então, a atividade de controle deixou de ser mero instrumento de fiscalização contábil e de conformidade legal e principiológica para assumir verdadeiro mister de *compliance* e mitigação de risco, razão por que atualmente se constitui uma das principais ferramentas de prevenção a fraudes, correção de ilegalidades e detecção de riscos no uso da *res publica*.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) expressamente abraçou, em seu art. 11, essa nova concepção, priorizando a gestão

de risco – isto é, a prevenção – ao sancionamento, destinando, outrossim, todo um capítulo para regulamentar a atividade de controle nessa seara (arts. 167 a 172).

Se em alguns pontos houve inegável avanço, em outros, contudo, a Lei nº 14.133/2021 se limitou a repetir alguns dispositivos que já se mostravam insuficientes e ineficazes desde a égide da lei anterior. À guisa de exemplo, tenham-se os requisitos de habilitação da vencedora, os quais foram simplesmente replicados da Lei nº 8.666/93, atendo-se a atividade de controle à mera verificação de documentos puramente formais, sem efetuar uma análise mais profunda acerca dos reais riscos envolvidos na contratação, o que vem ocasionando, aliás, contratos públicos firmados com empresas de fachada ou fantasmas, abertas em nome de interpostas pessoas, sem qualquer expertise na prestação do serviço ou no fornecimento da mercadoria contratada, conforme frequentemente publicado no noticiário policial, tudo isso em detrimento do erário público.

É nesse contexto que se pretende examinar a possibilidade de aprimoramento desse sistema de controle a partir da adoção da ferramenta simples do *Know Your Customer* (KYC), já amplamente abraçada por meio das atividades de *compliance* desenvolvidas no universo empresarial, como instrumento eficaz de identificação e prevenção dos riscos de inexecução contratual.

O presente trabalho se propõe, assim, a estudar inicialmente os modelos de Administração Pública no Estado Moderno, de forma a melhor compreender o contexto atual de governança pública albergada pelo Poder Executivo Federal, com especial enfoque na importância da ferramenta de controle para a mitigação de riscos e salvaguarda de recursos públicos.

Na sequência, pretende-se explicar o *Know Your Customer* como instrumento necessário de um procedimento de *due diligence* preventivo, inclusive a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando tratar-se de uma prática já bastante corriqueira – e, inclusive, obrigatória – para diversos setores da iniciativa privada.

Em seguida, o estudo pautar-se-á em analisar o atual sistema de controle estabelecido na Lei nº 14.133/2021, sempre com recorte no âmbito federal, bem assim a viabilidade de se adequar a dinâmica do *Know Your Customer* como procedimento a ser efetuado rotineiramente pela denominada primeira linha de defesa dos contratos administrativos, verificando, outrossim, a consonância desse atuar com diversos princípios constitucionais e infralegais vigentes para a Administração Pública. Serão,

ainda, apresentadas sugestões de diligências típicas de KYC que podem ser facilmente incorporadas à praxe do setor de licitações e contratos de um órgão público.

Por derradeiro, tecer-se-ão algumas breves considerações sobre o futuro do controle nas contratações públicas e como a adoção de um procedimento *due diligence* preventivo por parte da Administração Pública se alinharia a esse cenário esperado.

Por fim, considerando que outro importante papel das pesquisas científicas é o potencial de extrapolar os resultados obtidos no trabalho científico para o bem comum, estendendo os seus benefícios para a sociedade, foi sugerida a inserção de algumas diligências práticas a serem encampadas pela atividade de controle na Administração Pública federal, de forma a minimizar os riscos de inexecução contratual, além de prevenir fraudes; apresentando-se, ao final, em forma de anexo, a minuta de um decreto autônomo presidencial a regulamentar o tema no âmbito administrativo federal.

1.1 Metodologia

O presente trabalho se lastreia no método hipotético-dedutivo, desenvolvido por Karl R. Popper em seu livro *A Lógica da Investigação Científica*, uma vez que pretende submeter à prova de compatibilidade entre a aplicação do instrumento do *Know Your Customer* (KYC) - já bastante usual na iniciativa privada – e os regramentos norteadores da atividade administrativa pública federal.

Assume cunho eminentemente bibliográfico e foi elaborado por meio de abordagem qualitativa fundada, essencialmente, a partir de pesquisas exploratórias à literatura nacional acerca da evolução, na ordem jurídica brasileira, dos modelos de gestão sofrida pela Administração Pública, e dos ensinamentos doutrinários acerca da legislação atual concernente à governança pública e às licitações e contratos administrativos – sempre com recorte na esfera federal.

Para tanto, mostrou-se imperiosa a análise da legislação, coletada junto às fontes legislativas oficiais, cabendo ponderar que, dada a jovialidade da Lei nº 14.133/2021, a qual conta com pouco mais de três anos e meio de vigência, e, ainda, contou com sucessivas prorrogações de prazo quanto à revogação da legislação

anterior concernente ao tema¹, foi essencial o acesso a artigos publicados em fontes abertas com relação à aplicação prática da referida lei, considerando que a publicação de livros demanda mais tempo, comparativamente com aquela fonte, que tende a acompanhar com mais atualidade a constante evolução dos fenômenos jurídicos.

Ademais, fez-se necessária também a consulta à bibliografia nacional e estrangeira a fim de conhecer as políticas de *due diligence* previstas no *compliance*, dentre as quais, o *Know Your Customer*, explorando, a seguir, sua origem e adequação aos normativos vigentes para a Administração Pública.

Impende pontuar, também, a dificuldade em se encontrar fontes doutrinárias com a temática da governança pública, razão pela qual boa parte do trabalho, neste ponto, pautou-se no estudo de precedentes jurisprudenciais, em especial de acórdãos ou decisões do Tribunal de Contas da União, bem assim em guias e manuais práticos produzidos por órgãos de controle.

¹ Nesse contexto, observa-se que, conquanto o art. 193, II, da Lei nº 14.133/2023 tenha estipulado, originalmente, a ab-rogação da Lei nº 8.666/93 após o decurso de dois anos da publicação oficial daquela Lei (que se deu em 01/04/2021), posteriormente este dispositivo sofreu algumas mudanças legislativas (dentre as quais se destacam a Medida Provisória nº 1.167 e a Lei Complementar nº 198)

2 MARCO TEÓRICO: GERENCIALISMO E GOVERNANÇA PÚBLICA

Nas últimas décadas, a Administração Pública Brasileira vem se pautando na necessidade de garantir uma atuação célere e eficiente diante das constantes mutações econômicas e sociais experimentadas a partir de um mundo globalizado. Assim, se antes o Estado era compreendido como o poder soberano incidente sobre a população contida num território devidamente delimitado, hoje, diante das inovações tecnológicas e a consequente expansão dos meios de comunicação, da abertura dos mercados, do fenômeno da globalização e do compartilhamento transnacional de riscos, é imperativo adequar-se a essa nova realidade.

Numa tentativa de acompanhar essas mudanças, o próprio modelo de gestão da coisa pública vem sofrendo constantes evoluções, seja na busca e compreensão do próprio interesse público (fim máximo almejado pelo Estado)², seja para conseguir atrair investidores num mercado globalizado e cada vez mais competitivo, numa tentativa de recolocar o Brasil, assim, na trilha desenvolvimentista.

A fim de fazer frente a esse desafio, várias iniciativas que se mostraram originalmente prósperas no campo da iniciativa privada vem sendo mimetizadas pelo Estado, o qual passou a encampar neste novo milênio os postulados da governança como política de gestão pública. Aliás, cabe enfatizar que este é o modelo atualmente vigente para os órgãos da Administração Pública Federal, direta, autárquica ou fundacional, sendo salutar, portanto, uma melhor compreensão acerca dos mecanismos e princípios que o orientam, sempre de acordo das balizas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Breve incursão histórica sobre os modelos teóricos de Administração Pública

A ideia moderna de Estado como centro de organização política de uma sociedade surge a partir do século XV, com o fim do feudalismo na Europa, a ascensão da burguesia e o consequente advento do sistema capitalista.

² A esse propósito, sugere-se a leitura do capítulo intitulado “Sobre o Interesse Público”, disponível no livro “Direito Administrativo Contemporâneo: temas fundamentais”, de autoria do professor Edilson Pereira Nobre Júnior, que traz diversas reflexões sobre a nova concepção de interesse público a ser almejada pelo Estado na atualidade. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 47-60).

Num primeiro momento, a concepção de Estado se confundia com a figura do monarca; por conseguinte, tudo que estivesse dentro do território estatal pertencia ao rei, sendo este verdadeiro proprietário de todo o patrimônio do Estado e não apenas governante. Nesse modelo, denominado Administração Pública Patrimonialista ou Patriarcal, bastante comum no *Ancien Régime*, não havia diferenciação entre a *res publica* e a *res principis*, de forma que o aparelho do Estado constituía uma extensão do poder do soberano (BRASIL, 1995, p. 20).

Nessa esteira de raciocínio, o interesse a ser perseguido pelo Estado era sempre coincidente com o desejo do monarca, e os cargos públicos eram considerados prebendas distribuídas livremente pelo governante (RIBEIRO), sendo, pois, terreno fértil para a corrupção, o nepotismo e o clientelismo.

Dado que no patrimonialismo o poder não emana do povo, mas sim de uma crença ancestral de que o soberano deteria capacidade para possuí-lo, esse percebia a sociedade com o único intuito de servi-lo, despidendo-o de qualquer participação no processo de tomada de decisão, repleto, aliás, de arbitrariedades.

Cumprе salientar que o Brasil adotou prioritariamente a Administração Pública Patrimonialista não apenas no período colonial e nos tempos do Império, mas esse modelo persistiu mesmo após a proclamação da República, sendo predominante durante a denominada República Velha - 1889 a 1930 (SILVA, T., 2017, p. 22). Aliás, ainda na atualidade contemplamos alguns institutos que se mostram verdadeiras heranças desse arquétipo, a exemplo dos cargos comissionados, dos apartamentos funcionais, do instituto do foro, entre outros.

Pois bem. A partir do desenvolvimento do capitalismo, do avanço dos princípios liberais propagados pela Revolução Francesa, embasados nos pensadores iluministas, e à medida em que vai ganhando força o ideal democrático de que o poder, em verdade, é do povo e para o povo, exsurge a necessidade de uma nova forma de organização e gestão da coisa pública, sendo premente a separação da esfera dos interesses dos indivíduos (interesses privados) e dos interesses da coletividade (o interesse público), atribuindo-se ao Estado a missão primordial de buscar a satisfação desse último, respeitando, contudo, aqueles outros.

A fim de bem especificar o âmbito reservado a cada uma dessas esferas, os dirigentes passaram a sujeitar-se à vontade do povo, entabulada por meio de leis que eram elaboradas por seus representantes – os membros do Poder Legislativo – proclamando, dessa forma, o princípio da legalidade.

Por outro lado, se antes o aparelho estatal sujeitava-se ao domínio absoluto do poder do soberano, em que os cargos públicos eram galardões concedidos aos nobres e amigos do rei e os fornecedores eram escolhidos segundo o bel prazer real, a partir do império da lei procurou-se fixar critérios formais, impessoais e objetivos para a contratação de pessoal e dos provedores da Administração, promovendo o profissionalismo e o tratamento igualitário entre os administrados.

Todas essas transformações acabaram por consagrar o que Max Weber (*apud* BRESSER-PEREIRA, 1997, p. 41) denominou Administração Pública Burocrática, caracterizada pela objetividade, pela racionalidade e pelo formalismo. Esse modelo de gestão foi fortemente abraçado pelo constituinte de 1988, embora alguns de seus princípios já pudessem ser observados desde a década de 1930 na administração brasileira, a exemplo da criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que instituiu a função orçamentária vinculada ao planejamento e consagrou o mérito profissional (BRASIL, 1995, p. 25).

Importante ponderar que, num primeiro momento, pretendia-se que a lei especificasse da maneira mais detalhada possível todas as formas de atuação dos administradores e do Estado, em contraponto ao nepotismo e à liberalidade reinantes no modelo de Administração Patrimonialista, acreditando-se que, quanto maior o grau de pormenorização da norma legal, maior vigilância possibilitaria acerca de seu fiel cumprimento, ou não. O rigor do controle estaria vinculado, assim, à subsunção da atuação administrativa à lei. Não por outro motivo, ainda hoje vige o princípio da estrita legalidade para a Administração Pública, permitindo-se-lhe atuar tão somente dentro dos meandros previamente autorizados por lei.

Contudo, essa concepção acabou por burocratizar a atividade administrativa, engessando, por exemplo, os processos de admissão de pessoal, de compras e o próprio atendimento às demandas da sociedade, assimilando, portanto, a Administração Pública Burocrática a uma gestão lenta, ineficiente e impessoal, pouco sensível aos problemas reais da sociedade. Não à toa, a ideia de burocracia restou atrelada a essas características pejorativas.

Nesse sentido, o sociólogo estadunidense Robert Merton observou que é típico da administração burocrática a tendência ao deslocamento dos objetivos em direção às regras, normas e interesses próprios, acarretando excessos. Estes são denominados de disfunções da burocracia, representadas pela interiorização de normas; exagerado apego aos regulamentos, ao formalismo e ao papelório; rigidez e

resistência à mudança; despersonalização das relações; categorização como base do processo de decisão; conformismo com as rotinas e dificuldade em atender clientes e conflitos com o público (LOPES, 2020).

Por outro lado, a miséria deflagrada pela crise econômica de 1929, decorrente da quebra da Bolsa de Valores de Nova York, aliada às duas Grandes Guerras Mundiais, fez despontar a figura central do cidadão como o verdadeiro destinatário da proteção por parte do Poder Público. Nesse diapasão, o Estado ampliou o seu espectro de atuação, assumindo não apenas uma postura de garantidor dos direitos básicos do cidadão – caracterizando o Estado do Bem-Estar Social –, mas também de próprio motor da economia, interferindo diretamente na esfera produtiva do mercado, influenciado pelo keynesianismo. Isso ensejou, em contrapartida, o inchaço do aparato estatal por meio da concentração e da centralização de funções.

No entanto, esse papel deveras abrangente ostentado pelo Estado logo se mostrou insustentável diante da sobrecarga de demandas a ele dirigidas, revelando com maior fulgor a morosidade e a inaptidão estatais e a má prestação dos serviços públicos.

Em paralelo, o cenário mundial rumava para a soberania do capitalismo após o término da Guerra Fria, com a consequente abertura de mercados e a globalização decorrente dos avanços tecnológicos e da formação de blocos econômicos, ou seja, exigia dos Estados um postura muito mais ágil e flexível que era incompatível com a crise fiscal por que eles vinham passando em virtude da grande quantidade de despesas que sobrepujava suas receitas.

Nesse contexto, emerge o modelo da Administração Pública Gerencial, em que a atuação do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência (máximo de resultado com a menor quantidade possível de recursos), da qualidade na prestação de serviços públicos e pela redução dos custos, objetivando um atendimento de melhor serventia aos cidadãos, entendidos como os verdadeiros clientes do gestor público.

Para tanto, o Estado mimetiza iniciativas gerenciais prósperas desenvolvidas pelo setor privado, primando pelo desempenho organizacional, pela competitividade e pelo atingimento de resultados na gestão da coisa pública, ao invés de focar no excessivo rigor formal do processo.

Nos dizeres de Moreira Neto (2008, p. 39):

[...] a administração gerencial moderna, fortemente influenciada pela postura pragmática das mega-empresas assim como pela exigência de transparência praticada no mundo anglo-saxônico, desloca o foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão, do mesmo modo que, antes, a transição da administração patrimonialista, que caracterizava o absolutismo, para a administração burocrática, já havia deslocado o foco de interesse do Monarca para o Estado.

Nessa senda, pautado na otimização dos recursos públicos, cada vez mais escassos, e no pensamento neoliberal do estado mínimo (SANTOS, 2018), abandona-se o papel do Estado de executor ou prestador direto de boa parte dos serviços, transferindo à iniciativa privada as atividades que podem ser desempenhadas pelo mercado (BRASIL, 1995), as quais passam a ser, contudo, sujeitas à regulação, coordenação e controle por parte do Poder Público. Transforma-se, portanto, no Estado Regulador, o qual, ao reduzir custos, passa a se concentrar na implementação de políticas públicas (governança).

Trata-se, nos dizeres de Jacques Chevallier (2009 *apud* BITTENCOURT NETO, 2017), de um “Estado Estrategista”, o qual centra suas ações no planejamento, na direção, vale dizer, na configuração ou na prospecção do desenvolvimento econômico e social.

Em verdade, o modelo gerencial, também designado Novo Gerencialismo Público ou Nova Gestão Pública, como hoje concebido, foi decorrente de um processo evolutivo que comportou três estágios sucessivos, porém complementares entre si: o Gerencialismo Puro (*managerialism*), o *New Public Management* (*consumerism*) e *Public Service Orientation* (PSO).

O modelo gerencial puro foi inicialmente criado na Inglaterra, durante o governo de Margareth Thatcher (1979) e se baseava na lógica fiscal de maximização da eficiência da Administração Pública por meio da redução de custos, promovendo um melhor emprego dos recursos gastos. Para tanto, valeu-se de práticas usuais do setor privado, como desburocratização, controle orçamentário, consciência de custos, enxugamento do aparelho estatal por meio da redução de funcionários, terceirização dos serviços públicos e regulação das atividades conduzidas pelo setor privado.

Já na década seguinte, somaram-se a essas iniciativas a persecução da qualidade e da efetividade na prestação de serviços públicos, por meio do incentivo à competitividade e flexibilização dos modelos contratuais, caracterizando o denominado *New Public Management*. O enfoque da atuação pública passa a ser o

atendimento às demandas do cidadão, compreendido como o consumidor do serviço público, daí a essa fase ter sido também chamada de *consumerism*.

A importância crucial dessa mudança de postura reside na modificação da perspectiva do órgão público, que deixa de se concentrar em suas próprias necessidades, passando a se orientar pelas demandas do cidadão, agora encarado como o verdadeiro cliente do Estado. O gestor público, por sua vez, transformou-se num delegatário de poderes, prestador de serviços, e não mais um chefe absoluto de governo.

Por fim, na década de 1990, surge a ideia de *Public Service Orientation* (PSO) a partir da concepção de que o verdadeiro cliente da Administração é o cidadão e, como tal, é possuidor não só de direitos mas também de deveres, a exemplo da obrigação de contribuir com impostos independentemente do consumo dos serviços públicos, de auxiliar na formulação de políticas públicas, ou ainda, na avaliação dos serviços prestados pela Administração. Em outras palavras, funda-se numa maior sinergia entre Estado e cidadão, priorizando o senso de coletividade deste ao conclamar uma participação social na fiscalização da atividade administrativa, sendo a esfera pública, dessa forma, compreendida como um instrumento de aperfeiçoamento da cultura cívica da sociedade. Nesse contexto, a Administração Pública passa a englobar as práticas de transparência, *accountability* e participação social.

Muito embora desde a Ditadura Militar já se pudesse vislumbrar a adoção, no Brasil, de algumas iniciativas propostas pelo modelo gerencial – a exemplo da descentralização funcional promovida pelo Decreto-Lei nº 200/67, responsável pela transferência de atividades para diversas empresas estatais, fundações públicas e autarquias, e do Programa Nacional de Desburocratização implementado pelo Decreto nº 83.740/79 – e conquanto o governo do Presidente Fernando Collor de Mello também tenha acolhido algumas medidas de cunho neoliberais perfilhadas no gerencialismo – como o enxugamento da máquina pública por meio da extinção e fusão de entidades governamentais e a edição do Decreto nº 99.179/90 que instituiu o Programa Federal de Desregulamentação – é somente a partir de 1995 que a Administração Pública Brasileira abraça efetivamente os pilares dessa ideologia, com a apresentação do chamado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

Referido plano, elaborado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira durante a gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, pautava-se em reformas estruturantes nos setores fiscal, previdenciário, econômico e administrativo, cabendo aqui destacar, por pertinente ao objeto, a reforma administrativa, a qual compreendeu a privatização de empresas estatais, a terceirização da prestação de serviços não públicos para agentes privados (*downsizing*) e a descentralização de serviços não exclusivos do Estado para organizações da sociedade civil (publicização). Delineou-se, assim, um novo padrão de relacionamento entre o Estado, mercado e a sociedade civil; em que aquele, sob a ótica gerencial, regula, controla e fomenta e o mercado se encarrega da execução.

Nesse contexto, a partir de então, foram promovidas algumas inovações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro que se alinharam aos postulados gerencialistas, a exemplo da Lei nº 8.987/95 (normatizou a concessão e permissão de serviços públicos), Lei nº 9.491/97 (incrementou sobremaneira o Programa Nacional de Desestatização), Lei nº 9.637/98 (estabeleceu os contratos de gestão com as organizações sociais), Emenda Constitucional nº 19/1998 (que erigiu a eficiência como princípio constitucional e determinou a participação do usuário na administração pública), os Decretos nº 2.487 e 2.488/98 (os quais regulamentaram as agências executivas), Lei nº 9.790/99 (qualificou as organizações da sociedade civil de interesse público e disciplinou os termos de parceria), além de algumas leis promulgadas principalmente entre os anos de 1996 a 2005 que criaram diversas agências reguladoras.

Nota-se, portanto, a adoção pela Administração Pública brasileira de uma inegável dinâmica privatizadora, em que se entrega à iniciativa privada a execução de boa parte dos serviços *a priori* executados pelo aparato estatal (SCHLICKMANN, 2016).

Também no novo milênio foram promulgadas normas que sedimentaram a adoção do movimento gerencialista pela Administração Pública Brasileira, consoante se observa da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal que institui teto de gastos e previu a participação popular e realização de audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos), Decreto nº 4.923/2003 (instituiu o Conselho de Transparência Pública

e Combate à Corrupção)³, Decreto nº 5.378/2005 (instituiu o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPUBLICA), Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência nas finanças públicas em Estados e Municípios), Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei nº 12.813/2013 (regulamentou o conflito de interesses e determinou a divulgação dos compromissos nas agendas oficiais dos servidores de alto escalão), Decreto nº 8.777/2016 (estabeleceu a Política de Dados Abertos para toda Administração Pública Federal), Lei nº 13.460/2017 (estabeleceu direitos e deveres dos usuários dos serviços públicos), Lei nº 14.129/2021 (dispõe sobre o Governo Digital para o aumento da eficiência pública), entre outros.

Diante desse panorama, não se pode negar que o Brasil, nas últimas décadas, vem se filiando preponderantemente ao modelo gerencial de administração pública, muito embora ainda mantenha arraigados alguns privilégios próprios do patrimonialismo, bem como certas características do modelo burocrático.

Dentro do modelo gerencialista, especial relevo vem sendo consagrado aos pilares da governança que, como se verá, também reflete uma iniciativa mimetizada do seio corporativo.

2.2 Governança pública: aspectos fundamentais

A ideia de governança foi originariamente concebida na iniciativa privada⁴ para se referir às boas práticas esperadas dos controladores de companhias de capital aberto objetivando o alinhamento de ações e a redução de conflitos com acionistas/proprietários, diante de uma eventual divergência de interesses em que, cada qual, busca maximizar seus próprios benefícios.

Ela ganhou especial pertinência como alternativa para solução de conflitos no denominado modelo agente-principal, por meio do qual o principal delega uma determinada atividade para um agente, que se encarrega pelo atingimento de um dado *output* (NÓBREGA, 2011, p. 108). No conflito de agência (também chamado conflito agente-principal), os interesses daqueles que têm direitos (principal) não são

³ BRASIL. **Decreto nº 4.923, de 18 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre o Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4923.htm . Acesso em: 04 jan. 2022.

⁴ Berle e Means são apontados como os autores dos primeiros estudos acadêmicos relacionados à governança corporativa, em 1932.

adequadamente acatados pelos agentes incumbidos de respeitá-los e atendê-los (TCU, 2020, p. 26).

Assim, o cerne do conceito de governança corporativa surgiu a partir de uma necessidade de otimização do desempenho das companhias (empresas de capital aberto), incrementando a transparência na gestão e a proteção não apenas dos interesses dos acionistas (*shareholders*), mas de todas as partes interessadas ou afetadas pela atuação da empresa, como fornecedores, clientes, empregados e a comunidade na qual a atividade empresarial se desenvolve (*stakeholders*), facilitando em última análise o acesso a capital (poupança pública), de maneira a atrair mais investidores⁵.

Impende observar que uma das principais motivações da criação da política de governança corporativa reside no fortalecimento da confiança detida não só pelos verdadeiros proprietários de uma empresa (*shareholders*), mas também por seus parceiros comerciais e colaboradores (*stakeholders*) e também pela sociedade civil (órgãos de controle e pretensos investidores) sobre a maneira como essa mesma corporação vem sendo gerida por seus controladores.

Nota-se, pois, que a governança corporativa tem como pressuposto a gestão de uma empresa (ou de um grupo econômico) por terceiros que não são os seus verdadeiros proprietários ou acionistas, e funda-se basicamente em dois propósitos complementares entre si, quais sejam: (i) aumentar o grau de confiança das pessoas (físicas e jurídicas) com quem a empresa mantém relacionamentos internos (proprietários/acionista, empregados) ou externos (fornecedores, auditores, clientes, órgãos de controle, entre outros) e da sociedade em geral, acerca da maneira como ela vem sendo gerenciada; e (ii) demonstrar que a condução dos negócios está condizente com o alcance dos objetivos previamente traçados para a corporação.

Forte nessa premissa, considerando que o Estado também gerencia a *res publica* (pertencente aos administrados – compreendidos como *shareholders*⁶), e tendo em vista que na Administração Pública Gerencial a maior parte dos serviços públicos foram descentralizados para a iniciativa privada (compreendida como seus

⁵ FERNANDES, André de Godoy. Administração de Sociedades Limitadas e Governança Corporativa *In* ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, Andre Gruspun (coords). Governança Corporativa: Avanços e Retrocessos, São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 98

⁶ O parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que todo poder emana do povo, razão pela qual o povo brasileiro é considerado, neste documento, proprietário dos entes que compõem a Administração Pública direta e indireta.

colaboradores ou *stakeholders*) de forma a garantir um desempenho célere, seguro e eficaz da ação governamental para fazer frente às demandas do mundo globalizado, incluindo o aumento na competitividade entre as empresas e entre as nações, não tardou para que esse conceito fosse igualmente tomado de empréstimo para o âmbito administrativo, ensejando a propagação da denominada governança pública.

Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 40) explica que a governança pública se traduz na capacidade administrativa e financeira de um governo em transformar em realidade as decisões que toma, isto é, em implementar as políticas públicas que considera prioritárias para conseguir, de um lado, alavancar o crescimento econômico – e, assim, atrair investimentos – e, de outro, atender as demandas sociais.

Na mesma linha, Paludo e Oliveira (2021, p. 1) a conceituam como sendo “a capacidade de governar, de decidir e implementar políticas públicas, que atendam às necessidades da população, preservando o equilíbrio do poder e interesse entre governo, administração pública, sociedade e usuários-cidadãos”⁷.

Com espeque nesse mesmo entendimento, a Instrução Normativa Conjunta do CGU/MPOG nº 001/2016 definiu a governança no setor público como um conjunto de “mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”⁸.

A definição legal acima estampada permite constatar que a política da governança influencia a administração gerencial numa via de mão dupla: de um lado, há maior preocupação das instituições públicas com os resultados obtidos em prol dos cidadãos e demais partes interessadas (mercado e sociedade civil), e, de outro, dos cidadãos e da sociedade com a eficiência, eficácia, controle e melhoria da administração pública (PALUDO; OLIVEIRA, 2021, p. 8).

⁷ Importante considerar esses autores distinguem a governança pública da governança organizacional pública. Para eles, a primeira estaria atrelada à capacidade de governar, razão pela qual restringem tal expressão apenas à União, aos Estados e aos Municípios. Contudo, considerando que as políticas de governança podem – e devem – ser direcionadas a todos os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública direta e indireta, de todos os entes federativos, preferem utilizar o vocábulo “governança organizacional pública” para essa concepção mais ampla (PALUDO, Agostinho; OLIVEIRA, Antônio. Obra citada. Pg. 1-3). Contudo, o presente trabalho não abraçará essa diferenciação, filiando-se ao conceito mais abrangente de “governança pública” adotado pela legislação federal, referindo-se às boas práticas exigidas de todos os entes e órgãos que compõem a Administração Pública direta e indireta.

⁸ Vale salientar que a referida Instrução Normativa Conjunta inicialmente instituiu a governança apenas para os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, sendo que posteriormente o Decreto nº 9.203/2017 ampliou esse conceito a fim de abranger toda a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nota-se, pois, um evidente propósito finalístico na governança pública, com direcionamento de esforços para atingir bons resultados para a instituição e para a maioria das partes interessadas (sociedade e mercado), bem como para o crescimento e desenvolvimento econômico. É por esse motivo que alguns autores Martins e Parini (TCU, 2014, p. 48) defendem que, em verdade, a governança pública visa gerar valor público, assim definido pelo Decreto nº 9.203/2017⁹:

produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos;

Em outras palavras, a governança pública serve para aumentar e preservar o valor que o Estado entrega aos que o mantêm (TCU, 2020, p. 15).

É importante considerar que a governança não se confunde com a atividade gerencial de uma organização pública, sendo-lhe auxiliar, na medida em que direciona o processo decisório de acordo com as evidências e os interesses das partes envolvidas, cabendo aos gestores planejar a forma mais adequada de implementar as diretrizes estabelecidas. Ou seja, a governança é uma função direcionadora ao passo que a gestão é uma função realizadora (TCU, 2020, p. 16).

Esse processo de direcionamento envolve três atividades básicas, a saber: (i) a avaliação das demandas das partes interessadas e estabelecer os problemas/serviços prioritários, englobando a análise das possíveis ações a serem implementadas como respostas e seus eventuais impactos; (ii) a orientação vertida para a gestão acerca das alternativas de tratamento do problema visando sua efetiva resolução, e; (iii) o monitoramento dos resultados a fim de garantir que as direções estabelecidas sejam cumpridas e que os ajustes de percurso sejam realizados a tempo de evitar que os riscos impeçam ou prejudiquem a consecução dos objetivos (TCU, 2020, p. 18-19 e 37).

Como se percebe, a governança pública pressupõe a implementação de um constante e gradual processo de melhoria institucional¹⁰, que se manifesta

⁹ Art. 2º, II, do Decreto nº 9.203/2017.

¹⁰ Enfatizando a natureza processual da governança pública, Juliana Oliveira Nascimento informa que ela deve ser “dinâmica e constituída de base contínua, através de processos de avaliação, revisão e averiguação dos impactos” (NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos,

basicamente por meio de três pilares (ou mecanismos, conforme preferiu denominar o legislador na definição desse instituto colacionada na IN CGU/MPOG nº 001/2016- e que fora praticamente replicada no Decreto nº 9.203/2017¹¹), quais sejam: liderança, estratégia e controle, os quais passamos a explorar doravante.

2.2.1 Liderança

A liderança, nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto nº 9.203/2017, compreende:

conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercida nos principais cargos das organizações, para assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: integridade, competência, responsabilidade e motivação.

Nota-se que, em primeiro lugar, a liderança pressupõe o comprometimento da alta administração do órgão ou entidade pública com o processo de governança que se pretende implementar. Em outras palavras, as autoridades que ocupam função de presidência, direção e assessoramento especial na Administração Pública federal direta e indireta¹² devem não apenas conhecer o conteúdo e a forma de operação das políticas de governança em seus respectivos entes, mas também garantir e supervisionar a implementação prática das mesmas.

Impende esclarecer, desde já, que os membros da alta cúpula de uma organização pública – juntamente com os integrantes do conselho de administração ou equivalente – integram a instância interna de governança do referido ente¹³, sendo,

controles internos e compliance no setor público. In PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance*, Gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 343/369).

¹¹ O art. 2º, I, do Decreto nº 9.203/2017 conceitua como governança pública o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

¹² O art. 2º, III, do Decreto nº 9.203/2017 considerou como alta administração “os Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, ocupantes de cargo de nível 6 do Grupo-Direção e Assessoramento – DAS e presidentes e diretores de autarquias, inclusive as especiais, e de fundações públicas ou autoridades de hierarquia equivalentes”.

¹³ Além da instância interna de governança, o Referencial Básico de Governança do TCU ainda menciona a existência de outras três instâncias, a saber: as instâncias externas de governança (responsáveis pela fiscalização, controle e regulação da promoção da governança nas organizações públicas, que atuam de forma autônoma e independente, a exemplo do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União e os conselhos superiores do Poder Judiciário); as instâncias externas de apoio à governança (realizam auditorias e

pois, “responsáveis por definir e avaliar a estratégia e as políticas internas bem como monitorar a conformidade e o desempenho destas, devendo agir nos casos em que desvios forem identificados” (TCU, 2018, p. 40).

O engajamento dos servidores da cúpula administrativa também implica dizer que eles deverão definir um responsável capacitado pela operação rotineira e pela efetividade do programa¹⁴, além de alocar recursos adequados e suficientes para sua execução. Ou seja, devem “garantir, por meio de mecanismos formais, às instâncias internas de governança e às de apoio os recursos necessários e o acesso oportuno a informações necessárias ao desempenho de suas funções” (TCU, 2020, p. 57).

Acima de tudo, é essencial que os líderes demonstrem em cada uma de suas ações e decisões, todos os dias, que eles não somente apoiam mas também respeitam as medidas necessárias à implantação e manutenção dessa política (LIMA, 2018, p. 53), seja pela adoção de comportamentos conforme às normas, seja pela ausência de tolerância com as condutas desviantes (LUZ, 2018, p. 469). Busca-se, assim, o “*walk the talk*”, ou seja, fazer na prática aquilo que prega (GIOVANINI, 2018a, p. 56).

É dizer: a boa governança exige que os líderes verdadeiramente patrocinem a iniciativa, que dêem exemplo (“*tone from the top*”¹⁵), de modo a criar um ambiente de estímulo para que todos os demais servidores, a partir do primeiro escalão e descendo a todos os níveis de hierarquia (GIOVANINI, 2018a, p. 56), sigam os mesmos comportamentos éticos, gerando, com isso, uma mudança de paradigma relacionada aos valores da cultura do ente público. Não por outro motivo, o próprio

monitoramentos a pedido das instâncias internas ou externas de governança, sendo indicados como exemplos as auditorias independentes e o controle social organizado) e, ainda, as instâncias internas de apoio à governança (as quais integram a estrutura do órgão público, sendo encarregadas de avaliar os processos de governança e de gestão de risco e de controles internos da organização, comunicando quaisquer disfunções eventualmente encontradas, a exemplo das ouvidorias, auditorias internas, conselho fiscal, comissões de desburocratização, comitês de riscos, comitês estratégicos, etc) (TCU, 2020, p. 40).

¹⁴ Nesse diapasão, cumpre indicar que o art. 7º do Decreto nº 9.203/2017 instituiu o Comitê Interministerial de Governança (CIG) para assessorar o Presidente da República na condução da política de governança da Administração Pública Federal, tendo por atribuição: aprovar e analisar os manuais e guias das medidas, mecanismos e práticas organizacionais para atendimento e implementação dos princípios e das diretrizes de governança pública; admitir recomendações para assegurar a coerência e a coordenação dos programas e das políticas de governança específicos; incentivar e monitorar a aplicação das melhores práticas de governança; e expedir resoluções necessárias ao exercício de suas competências (art. 9º do Decreto nº 9.203/2017).

¹⁵ Também denominada “*tone at the top*”, a expressão por ser traduzida como “o exemplo que vem de cima” (tradução nossa).

Decreto nº 9.203/2017 arrolou em seu art. 4º, inciso V, dentre as diretrizes da governança pública, “fazer incorporar padrões de elevada conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades”.

Vale ressaltar que própria definição legal de liderança destacou algumas condições mínimas para se lograr esse ambiente almejado, como a integridade, a competência, a responsabilidade e a motivação. Cabe salientar, desde já, que esses conceitos devem ser interpretados como novos paradigmas essenciais de uma liderança, isto é, os valores que um líder deve inspirar em seus subordinados e nos cidadãos em geral a fim de viabilizar um ambiente básico a uma boa governança pública.

Pois bem. Nas lições de Wagner Giovanini (2018b, p. 73), a **integridade** diz respeito a “fazer o certo, independentemente da lei, código ou normas. Relaciona-se com caráter, honestidade, ética, moral”. Ou seja, muito mais do que o cumprimento da legalidade *lato sensu* (compreendendo a obediência a todas as normas, leis e princípios que regem a atividade administrativa), o servidor deve sempre agir de maneira moral e eticamente aceitáveis e compatíveis com a dignidade do cargo público.

Marcelo Zenkner (2018, p. 89/90), por sua vez, esclarece com muita propriedade que:

Um indivíduo possuirá a virtude da integridade se suas ações ou suas omissões estiverem baseadas em uma estrutura interna de princípios, gerando uma sensação interna de totalidade, de paz com o próprio espírito e de liberdade em relação às influências externas. Daí a compreensão do motivo pelo qual a palavra *integridade* tem por origem o vocábulo *integer*, que, no latim, significa *integral* ou *inteiro* – uma pessoa íntegra é aquela que não está dividida, ou seja, é uma pessoa com inteireza de caráter, com todas as suas peças funcionando bem e realizando as funções esperadas, sempre de acordo com os mesmos padrões éticos, independentemente das circunstâncias, seja em um ambiente público ou em um ambiente estritamente privado [grifos originais].

Nessa mesma linha milita o conceito de integridade pública abraçado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, p. 3), a qual a define como o alinhamento consistente e a adesão a valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses

privados no setor público¹⁶. Para tanto, o organismo internacional recomenda, inclusive, a positivação de um alicerce normativo por meio de códigos de ética ou de conduta a fim de esclarecer os comportamentos esperados (OCDE, p. 9) e evitar situações que possam caracterizar conflito de interesses.

Aliás, nesse diapasão, considerando que o presente estudo tem por recorte a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional¹⁷, imperioso trazer à baila que, no ano de 2020, foi publicado o Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal, o qual recomenda ao servidor público federal, dentre as regras básicas de comportamento, “fazer sempre o que é certo e justo mesmo que isto seja o mais trabalhoso e difícil e mesmo que ninguém esteja olhando” (BRASIL, 2020, p. 12).

Dessarte, vê-se que a noção de integridade no serviço público está diretamente relacionada com a preservação da higidez do ente público, buscando restaurar a confiança dos cidadãos nas instituições.

Vale salientar, outrossim, que a integridade foi alçada, no art. 3º, II, do Decreto nº 9.203/2017, a um dos princípios da governança pública, deixando de limitar sua aplicação apenas ao âmbito da liderança, mas sendo de observância necessária a todo e qualquer mecanismo utilizado para a implementação dessa prática.

¹⁶ É importante esclarecer que a definição de integridade pública sobre a qual se assenta o documento formulado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em verdade, é mais ampla e se confunde com a definição de governança pública abraçada pelo Decreto nº 9.203/2017, demonstrando que esses conceitos muitas vezes são utilizados como sinônimos. Vale salientar que também as Leis nº 12.846/2013 e 14.130/2021, ao recomendarem, quando não determinarem, às empresas contratadas pelo Poder Público a implementação de um programa de integridade, na realidade, estão se referindo a adoção de políticas e valores de boa governança no âmbito das pessoas jurídicas privadas. À mera guisa de exemplo, o art. 56 do Decreto nº 11.129/2015 – o qual regulamenta a Lei nº 12.846/2013 – estabelece que o “programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional”. Contudo, o Decreto nº 9.203/2017 diferenciou esses conceitos, compreendendo a integridade como um dos princípios da governança pública, dentre outros, deixando claro que esta é muito mais abrangente que aquela, de forma que, para a implementação de uma política de boa governança, necessária se faz a adoção de outros valores e princípios - igualmente considerados essenciais, a par da integridade. Com esboço nesse entendimento, e tendo em vista que a referida norma é, até o momento presente, o arcabouço normativo vigente para a Administração Pública federal direta e indireta no que tange ao tema, este estudo também levará em consideração essa distinção entre governança e integridade, estando esta contida naquela.

¹⁷ Consoante delimitado na introdução deste estudo.

Contudo, o Guia da Política de Governança Pública (BRASIL, 2018, p. 44) bem explicita o motivo de a integridade estar expressamente relacionada ao mecanismo de liderança, a saber:

Para além de garantir a plena efetividade do que tem sido disciplinado nesses códigos, a diretriz reitera e reforça o dever da alta administração de liderar pelo exemplo. Ainda que o grau de responsabilidade dos servidores públicos varie de acordo com as funções e atribuições próprias e também de seus respectivos órgãos e entidades, as condutas dos líderes no sentido de fortalecer a integridade na administração pública podem ser replicadas em todas as instâncias inferiores – e, ao serem voluntariamente implementadas pelas lideranças, tendem a ser mais aceitas e observadas pelos servidores.

Por seu turno, o requisito da **competência**, mencionado no art. 5º, I, do Decreto nº 9.203/2017, não atine à definição clássica de ser um dos atributos de validade do ato administrativo, mas sim à seleção de pessoas profissionais e qualificadas para assumirem os cargos e funções públicos, evitando favoritismos e nepotismos (OCDE, p. 11). Impõe, assim, que o líder assegure um sistema justo e aberto para recrutamento, seleção e promoção de servidores públicos, com base em critérios objetivos e em um procedimento formalizado, de maneira a propiciar o ingresso e a ascensão profissional baseada em seus próprios méritos.

A esse respeito, convém agregar alerta contido no Referencial Básico de Governança Organizacional do Tribunal de Contas da União (2020, p. 66) no sentido de que o processo de seleção deve ser executado de forma transparente, pautando-se nos critérios e competências de liderança previamente definidos de acordo com a complexidade e responsabilidade inerentes ao cargo ou função, evitando, dessa maneira, o risco de nomeação de dirigentes sem experiência ou formação adequadas para o exercício do cargo ou função; com histórico de delitos penais, cíveis, administrativos, eleitorais, envolvimento em atos de corrupção, etc; ou que não atendam às necessidades da organização ou aos critérios gerais previstos na legislação aplicável¹⁸.

¹⁸ Destaque-se que a Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021, elencou, em seu art. 9º, os seguintes critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a saber: “I – idoneidade moral e reputação ilibada; II – perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou com a função para a qual tenha sido indicado; e III – não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990”. Regulamentando essa lei, o Decreto nº 10.829, de 05 de outubro de 2021, estabeleceu em seus arts. 16 a 19, outros requisitos mínimos para os ocupantes de Cargos Comissionados Executivos (CCE) e Funções Comissionadas Executivas (FCE), a depender do grau de direção, assessoramento ou supervisão na estrutura hierárquica do Poder Executivo Federal.

Em verdade, a boa prática indica que sejam exigidas competências dos dirigentes não somente por ocasião de sua escolha para o respectivo cargo ou função, mas elas devem ser constantemente aperfeiçoadas, contemplando ações preparatórias à ocupação do cargo, mas também programas de capacitação, sempre visando o desenvolvimento de habilidades para lidar com os desafios e as mudanças de cenário no processo de tomada de decisões (IFAC, 2014).

Por esse motivo, a competência do servidor se revela na medida em que pressupõe que ele aja não apenas movido pela técnica friamente, mas de forma eficiente, com iniciativa e criatividade, buscando “resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades”, que, aliás, são algumas das diretrizes da governança pública, nos termos do art. 4º, II do Decreto nº 9.203/2017.

Alude-se, portanto, a uma competência técnica, habilitada, inovadora, eficiente, vinculada à ideia de meritocracia e afastada do clientelismo e da imagem do funcionário público burocrata, tão arraigados por ocasião dos modelos patrimonial e burocrático de Administração Pública, respectivamente.

Nesse sentido, ao se referir à competência dentre os atributos da liderança, quis o legislador aludir diretamente à capacidade de resposta (em inglês, *responsiveness*), isto é, à competência de uma instituição pública atender de forma eficiente e eficaz às necessidades dos cidadãos, inclusive antevendo interesses e antecipando aspirações (BRASIL, 2018, p. 40). Vale salientar, outrossim, que a capacidade de resposta foi erigida como um princípio regente de toda governança pública, nos termos do art. 3º, inciso I, do decreto autônomo em comento¹⁹.

¹⁹ Acerca do princípio da capacidade de resposta, o Referencial Básico de Governança Organizacional para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU, esclarece que “A colaboração entre entes estatais, não estatais e sociedade civil contribui para obter um maior entendimento a respeito das demandas da sociedade, para equilibrar os interesses, priorizar o atendimento das necessidades e aumentar a confiança das partes interessadas nas instituições públicas. O princípio da capacidade de resposta depende, portanto, diretamente do princípio da participação. A ONU (2015) orienta que, para melhorar a capacidade de resposta do setor público, há que se focar na satisfação das expectativas das pessoas em termos de qualidade, quantidade e rapidez dos serviços públicos prestados com os recursos limitados disponíveis. Orienta ainda acerca de fatores determinantes para aumentar a capacidade de resposta no setor público: capacitação técnica e postura ética e profissional dos agentes públicos; capacitação e envolvimento dos cidadãos nas decisões públicas, inclusive por meios eletrônicos; e apoio às demais iniciativas do governo eletrônico, como a prestação de serviços multicanal (maior utilização das ferramentas de tecnologia) para ampliar o alcance, a agilidade e o acesso a serviços públicos e reduzir os custos;” (TCU, 2020, p. 44).

Em outras palavras, a legislação requer que os membros da liderança possuam, coletivamente, as competências - isto é, conhecimentos, habilidades e atitudes – adequadas e voltadas aos objetivos, e que essas sejam desenvolvidas não somente por meio de critérios técnicos de seleção, mas também com oportunidades de aprimoramento durante o exercício dos mandatos e avaliações regulares de desempenhos quanto à contribuição desses indivíduos para o alcance das metas organizacionais (TCU, 2020, p. 55).

No que pertine ao requisito da **responsabilidade**, trata-se de um vocábulo polissêmico e que, portanto, comporta diversos significados, cabendo selecionar aqui três deles, apresentados por José Luiz de Moura Faleiros Júnior (2020, p. 131), os quais guardam pertinência com o presente estudo, a saber:

- Responsabilidade como “capacidade” (*capacity*): refere-se à capacidade ou autoridade do servidor público para agir. A responsabilidade, nesse sentido, implica a existência de um conjunto de leis e regulamentos que definem a capacidade ou a autoridade do funcionário público de desempenhar suas funções. Um conjunto de regras e regulamentos que funcionam como uma obrigação de agir (funções; deveres) e como um limite para essa ação. De uma maneira mais específica, a responsabilidade é frequentemente usada nesse sentido para significar uma ‘tarefa’ específica, ou a ‘autoridade’ do servidor público.
- Responsabilidade como “prestação de contas” (*accountability*): refere-se à obrigação que servidores públicos têm de fornecer informações, explicações e/ou justificativas a uma autoridade superior – interna ou externa – por seus atos no desempenho de suas funções. Nesse sentido, pode-se dizer que a Administração Pública é sempre “responsável”, pois – mesmo em sistemas não democráticos – sempre há o dever de os servidores públicos darem conta de suas atividades e, portanto, estarem sujeitos a julgamentos ou avaliações de uma autoridade superior. A diferença está, com certeza, na maneira pela qual essa prestação de contas ocorre – processos, critérios, diante de quem, consequências etc.
- Responsabilidade em sentido estrito (*liability*): refere-se à suposição das consequências dos próprios atos e, às vezes, também de atos praticados por terceiros, quando esses atos ocorrem dentro do campo de autoridade do administrador responsável final. As consequências dessa dimensão de responsabilidade são normalmente fixadas por lei e podem variar muito, dependendo da ordem jurídica de cada país. Em termos gerais, essas consequências podem implicar a imposição de uma sanção (renúncia, demissão, penalidade disciplinar etc.) e a compensação pelos danos causados, mas também podem ter implicações positivas para o funcionário que agiu corretamente ou de maneira exemplar. [grifos originais]

Nota-se que a responsabilidade como nexos causal entre a inobservância a uma determinada obrigação posta e sua respectiva sanção, trazida na terceira acepção supraindicada, não se restringe, como se sabe, ao Direito Administrativo,

mas possui aplicabilidade a todos os campos jurídicos, não se tratando, pois, de um novo paradigma, exaltado pelo espírito de governança pública.

Dessa forma, acredita-se que, ao destacar a responsabilidade dentre as condições essenciais a serem inspiradas por um líder para a implantação e manutenção de uma boa governança pública – conforme descrito no art. 5º, inciso I, do Decreto nº 9.203/2017 – o legislador pretendeu se referir não só à *capacity* ou à *liability* (conceitos já ínsitos a toda a epistemologia do Direito Administrativo), mas também à responsabilidade como *accountability*, isto é, ao dever de o servidor público prestar contas de seus atos a seus superiores, às partes interessadas em um determinado processo em que ele atua e/ou à sociedade como um todo²⁰.

No primeiro caso, é de extrema importância que estejam claramente atribuídas as responsabilidades de cada servidor, a fim de que possam compreender a exata missão a eles confiada e os resultados esperados de sua atuação. Não por outro motivo, o decreto autônomo em referência elencou, dentre as diretrizes da governança pública, “definir formalmente as funções, competências e as responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais” (art. 4º, X, Decreto nº 9.203/2017).

Ademais, tendo o legislador optado por indicar a responsabilidade como um dos novos paradigmas da liderança, mais nos parece que seu intento foi exortar os líderes para que seus subordinados agissem de forma responsável, reconhecendo que o orçamento da União e os valores por ela despendidos têm origem no esforço de cada cidadão brasileiro e, por isso, deve ser aplicado com a máxima economicidade e zelo (BRASIL, 2020, p. 11/12).

Cuida-se, em essência, de inspirar o denominado “líder *accountable*”, o qual traz todas as responsabilidades para si e aceitando as consequências de erro e acerto de suas atitudes e de sua equipe, compreendendo que o seu papel primordial tem mais a ver com facilitar as ações do time e propiciar um ambiente de trabalho fluído e confortável e, ao mesmo tempo, eficiente e produtivo.

Nessa mesma linha de raciocínio, aliás, milita o documento emitido pelo Tribunal de Contas da União intitulado Referencial Básico de Governança

²⁰ Vale salientar que, ao ver desta signatária, a *accountability* está mais atrelada ao mecanismo de controle do que propriamente à liderança, razão pela qual o assunto será abordado com maior profundidade por ocasião do exame daquele mecanismo de governança.

Organizacional (p. 57/58), o qual esclarece que a mais alta instância de governança de uma organização pública assume responsabilidade pelas seguintes tarefas:

pela aprovação e avaliação da estratégia organizacional e das políticas internas, de modo que estejam alinhadas ao interesse público; pela supervisão da gestão; e pela *accountability* da organização. A delegação de competências a instâncias de apoio e à gestão não retira da autoridade delegante a responsabilidade final pelos produtos produzidos;

Por fim, o Decreto nº 9.203/2017 ainda mencionou a **motivação** como pressuposto a ser abraçado pela liderança para formação de um ambiente propício à uma boa governança pública.

Seguindo a mesma linha já exposta outrora, não nos parece que o intento do legislador foi reiterar a necessidade de os gestores públicos justificarem de maneira fundamentada as suas decisões, eis que tal acepção já se encontrava abarcada no dever da motivação estabelecido em diversas ocasiões na Constituição Federal²¹ e na legislação infraconstitucional²².

Em verdade, acredita-se que, ao estatuir no art. 5º, inciso I, alínea *d*, do Decreto nº 9.203/2017 a motivação como requisito a ser observado pela liderança, a intenção era instigar no funcionário público um compromisso profundo com os valores de integridade do serviço público, mantendo-o, de outra banda, sempre fiel aos princípios éticos e à missão preconizados pela instituição em que trabalha, fomentando, assim, um espírito de pertencimento e um ânimo para bem cumprir seus afazeres. É dizer: um servidor motivado revela-se “essencial para a garantia do contínuo desenvolvimento de competências, para a melhoria do desempenho e para formatar o comprometimento dos servidores com a instituição e com os objetivos delineados” (FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 120).

Nota-se, pois, que as condições mínimas de governança a serem observadas pelas lideranças nos respectivos órgãos e entes públicos são interdependentes, de maneira que todas elas devem ser concomitantemente implantadas e fortalecidas, além de que o aprimoramento de uma delas invariavelmente gerará impacto positivo nas outras, contribuindo, desse modo, para um ciclo virtuoso na gestão pública.

²¹ A exemplo do art. 93, X; art. 121, §2º e art. 169, IV da Constituição Federal.

²² A exemplo do art. 2º, caput e parágrafo único, além do art. 38, §2º e art. 50 da Lei nº 9.784/99 e nas alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trazidas pela Lei nº 13.655/18.

2.2.2 Estratégia

A par de um espírito de liderança verdadeiramente engajado com seus valores, outro mecanismo essencial para a implantação e manutenção de uma boa governança pública reside em um planejamento estratégico.

É que, consoante demonstrado na subseção precedente, as políticas de governança pública têm um nítido propósito finalístico, voltadas, assim, para o alcance de objetivos macros (verificar se estão sendo devidamente atendidos os interesses dos cidadãos), bem assim micros (se estão sendo implementadas medidas condizentes com as políticas públicas especificamente traçadas para cada entidade). Dito de outra forma, “serão os resultados obtidos que definirão se existe ou não uma boa governança na instituição pública, porque são os resultados que dão ao setor público seu significado e importância” (PALUDO; OLIVEIRA, 2021, p. 14).

Dessa forma, faz-se necessária, de início, a identificação das necessidades prioritárias do seio social, o estabelecimento de objetivos institucionais e a elaboração de estratégias para atingir tais resultados, o que é obtido através de um planejamento estratégico.

Segundo as lições de Paludo e Oliveira (2021, p. 71), o planejamento consiste em “um processo racional para a tomada de decisão, com vistas a selecionar e executar um conjunto de ações, necessárias e suficientes, que possibilitarão partir de uma situação atual existente e alcançar uma situação futura desejada”. Em outras palavras, trata-se de um processo articulado e racionalizado para analisar o ambiente atual, determinar antecipadamente os objetivos e os meios para alcançá-los.

Um planejamento é denominado estratégico quando a responsabilidade por sua elaboração recai sobre a alta administração de uma organização, sendo, via de regra, composto por objetivos mais amplos e genéricos eis que voltados para a entidade como um todo.

Demais disso, permite, não apenas aos *stakeholders*, mas também aos *shareholders*, identificar um direcionamento sobre como o órgão ou ente público será gerido de forma a atingir os objetivos traçados.

Nesse contexto, convém ponderar que um dos requisitos diretamente atrelado à estratégia é a confiabilidade (do inglês, *reliability*) da instituição, ou seja, a capacidade de minimizar as incertezas para os cidadãos nos ambientes econômico,

social e político. Nos dizeres de Marçal Justen Filho (2021, p. 266), “a confiabilidade envolve uma vertente de previsibilidade. Trata-se de permitir aos agentes públicos e privados prever as decisões que serão adotadas em vistas de pressupostos conhecidos”. É dizer: uma organização confiável tem que se manter o mais fiel possível aos objetivos e diretrizes previamente traçados, passar segurança à sociedade em relação a sua atuação e, ainda, manter ações consistentes com a sua missão institucional.

Na implementação de seu planejamento estratégico, a organização deve partir da cadeia de valor, da missão institucional, da visão de futuro, da análise dos ambientes interno e externo, compreendendo os tipos de riscos aos quais está exposta e estabelecendo limites aceitáveis de exposição. A partir de então, terá condições de analisar as alternativas de estratégia disponíveis e selecionar aquela que melhor apoie a missão e visão organizacionais e esteja mais alinhada ao perfil de risco considerado mais adequado (TCU, 2020, p. 70).

Importante destacar que, na seleção da melhor estratégia para o alcance dos objetivos pretendidos, imperioso identificar e conhecer os riscos que impedem ou dificultam a consecução de tal desiderato, devendo-se, assim, buscar antecipar as respostas apropriadas a fim de evitá-los. Por esse motivo, a gestão de risco está intrinsecamente atrelada à própria formulação do planejamento estratégico, auxiliando no processo de tomada de decisão. Nesse sentido, aliás, o Decreto nº 9.203/2017 estatui, em seu art. 17, que:

Art. 17. A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional, [...]

Embora inexista consenso acerca da definição da palavra risco, de maneira bastante didática, Marcos Nóbrega (2020, p. 35/36) destaca três aspectos essenciais a esse conceito, que são: (i) o evento (ou seja, a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento); (ii) a probabilidade (assim compreendida a chance de o evento de risco ocorrer em determinado período e (iii) o impacto (o valor financeiro resultante da incidência do risco).

Nesse mesmo sentido milita o magistério de Patrícia Irene Nohara (*In: PAULA; CASTRO, 2018, p. 331*):

A expressão *risco* significa a possibilidade de ocorrência de um evento que tenha impactos negativos, provocando uma perda, um dano ou, por consequência, o acionamento do sistema de responsabilidade. Do ponto de vista da gestão de riscos a preocupação maior a ser evitada é que o evento danoso tenha um impacto significativo no cumprimento dos objetivos visados pela gestão pública. (grifo original)

Consoante bem o manual publicado pelo Tribunal de Contas da União denominado Referencial de Combate à Fraude e Corrupção (TCU, 2018, p.23), “o objetivo da gestão de riscos é promover meios para que as incertezas não desviem os esforços da organização de seus objetivos”.

Cumprido destacar que o art. 18 da IN nº 001/2016-CGU/MPOG exemplifica quatro tipologias de riscos:

- a) riscos operacionais: eventos que podem comprometer as atividades do órgão ou entidade, normalmente associados a falhas, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas, infraestrutura e sistemas;
- b) riscos de imagem/reputação do órgão: eventos que podem comprometer a confiança da sociedade (ou de parceiros, de clientes ou de fornecedores) em relação à capacidade do órgão ou da entidade em cumprir sua missão institucional;
- c) riscos legais: eventos derivados de alterações legislativas ou normativas que podem comprometer as atividades do órgão ou entidade; e
- d) riscos financeiros/orçamentários: eventos que podem comprometer a capacidade do órgão ou entidade de contar com os recursos orçamentários e financeiros necessários à realização de suas atividades, ou eventos que possam comprometer a própria execução orçamentária, como atrasos no cronograma de licitações.

Dessa forma, o gerenciamento de riscos envolve não apenas a definição dos limites de exposição ao risco, mas também a decisão acerca dos riscos que serão evitados, mitigados ou mesmo aceitos, o que depende de um plano de contingência e resposta à materialização dos eventos com fundamento na probabilidade de sua ocorrência e no impacto ou nas consequências que eles podem ensejar (NOHARA *In: PAULA; CASTRO, 2018, p. 332/333*).

Seguindo essa mesma linha, o Decreto nº 9.203/2017 definiu, em seu art. 2º, inc. IV, a gestão de riscos como:

processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

Conforme enfatizado outrora, o planejamento estratégico é um processo, e, como tal, composto por várias etapas, a saber: elaboração, monitoramento, avaliação e revisão.

Em apertada síntese, a elaboração consiste na preparação de um documento denominado plano estratégico, que tem por propósito: (i) identificar os objetivos prioritários a serem alcançados; (ii) reconhecer o estado atual em que se encontra a organização e que a afasta do atingimento de tais resultados, e (iii) determinar as ações que devem ser implementadas para o alcance das metas.

Importante diferenciar, outrossim, planejamento estratégico de plano estratégico, sendo este um produto daquele, na medida em que se trata de um documento elaborado no curso de um processo de planejamento onde os objetivos gerais ali traçados são decompostos em objetivos específicos, sendo definidas, outrossim, as ações necessárias para atingir tais objetivos (PALUDO; OLIVEIRA, 2021, p. 71).

A partir da elaboração e da implantação prática do plano estratégico, avança-se para a fase do monitoramento, que se consubstancia na observação contínua com o intento de verificar se as ações planejadas estão sendo efetivamente implementadas, isto é, se a estrutura pensada está funcionando conforme planejado.

Possíveis falhas constatadas a partir do monitoramento são, então, submetidas à avaliação a fim de analisar se as ações originalmente planejadas estão sendo suficientes para o alcance das metas propostas – ocasião em que são indicadas soluções tempestivas para assegurar o alcance dos resultados – ou, caso contrário, se haverá necessidade de revisão das metas e ações *a priori* estabelecidas, sempre visando atender as expectativas das partes interessadas.

Importante mencionar, ainda, que o planejamento estratégico é um processo dinâmico, e não estanque, encontrando-se em constante aperfeiçoamento, até mesmo diante da possibilidade de eventual mudança de prioridades por parte da alta administração.

É nesse cenário, aliás, que o Decreto nº 9.203/2017 erigiu, em seu art. 4º, as seguintes diretrizes de governança pública relacionadas diretamente com o mecanismo de estratégia:

I - direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades;

[...]

III - monitorar o desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas;

[...]

VII - avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios.

Convém destacar, portanto, que o Decreto nº 9.203/2017, ao conceituar estratégia como “a definição de diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido” (art. 5º, II), em verdade, referia-se a um planejamento estratégico como mecanismo essencial de uma política de governança pública.

PALUDO e OLIVEIRA (2021, p. 14) trazem luz sobre a relevância de um planejamento estratégico para o que eles denominam de “governança organizacional pública”, veja-se:

Com o direcionamento e a orientação da Governança o planejamento estratégico é elaborado, desmembrado em planos de ações, estabelecidas metas para alcançar os objetivos, e escolhidos indicadores para medição. Durante a execução incidirá o monitoramento e em seguida virá a prestação de contas: das decisões, ações e resultados.

Por ser um importante instrumento de garantia e reforço da legitimidade da atuação pública – verdadeiro corolário do princípio democrático – a confiabilidade foi indicada como princípio vetor de toda governança pública, *ex vi* o disposto no art. 3º, inc. III, do Decreto nº 9.203/2017.

2.2.3 Controle

O Art. 5º, III, do Decreto nº 9.203/2017 estatui que o controle compreende:

processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

De início, cumpre registrar que, conquanto o decreto autônomo em referência não tenha feito qualquer distinção quanto ao tipo de controle que constitui mecanismo de governança pública, ele está se referindo, por óbvio, tão somente ao controle interno, uma vez que a aplicabilidade dos regulamentos autônomos é adstrita aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, abrangendo as autarquias e fundações públicas, nos termos do art. 84, inc. VI, alínea 'a' da Constituição Federal.

Ademais, conferir interpretação elástica ao dispositivo em comento de forma a pretender compelir sua observância também pelos outros Poderes da União (atingindo, por exemplo, o controle efetuado pelo Parlamento, com o auxílio do Tribunal de Contas, ou o controle judicial) representaria verdadeira violação à separação dos Poderes, posição esta inconcebível num Estado Democrático de Direito.

Outrossim, a dicção legal nos permite compreender que o controle se constitui num processo estruturado, e, como todo processo, composto de diversos atos e fases. Consoante será analisado mais adiante em tópico específico²³, o atual sistema de controle das contratações da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados e Municípios – inovado pela Lei nº 14.133/2021 – alinha-se perfeitamente a esse postulado ao estabelecer distintas linhas de defesa para a consecução dessa atividade.

Demais disso, também o dispositivo em referência explicita de forma clara quatro escopos reservados à atividade de controle, quais sejam: (i) a mitigação de riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais; (ii) a garantia de uma execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz da organização pública; (iii) a preservação da legalidade e (iv) o cuidado com a economicidade no dispêndio de recursos públicos.

Passemos à análise dos mesmos:

²³ Vide a seção 4.1 deste estudo

2.2.3.1 Mitigação de riscos

Conforme já examinado na subseção precedente, compete à alta administração da organização pública identificar e direcionar, numa visão estratégica, os riscos que podem ou não ser admitidos para o alcance dos objetivos institucionais. Uma vez estabelecidos esses parâmetros, cabe ao mecanismo de controle mitigá-los. Vale dizer, no curso da execução de sua atividade, os controladores identificam e avaliam se os eventos analisados podem impactar negativamente no alcance dos objetivos institucionais, conforme o apetite a risco²⁴ previamente estabelecido pela alta administração do órgão dentro do planejamento estratégico, buscando minimizá-los.

Vale consignar que o enfrentamento dos riscos dentre as atribuições da atividade de controle não se tratou propriamente de uma inovação legislativa, uma vez que tal escopo já havia sido positivado no ordenamento jurídico desde o ano anterior, com a Instrução Normativa nº 01/2016 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria-Geral da União, conforme se verifica de seu art. 2º, inciso V, *in verbis*:

Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

[...]

V – controles internos da gestão: conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados:

- a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações;
- b) cumprimento das obrigações de *accountability*;
- c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e
- d) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos. O estabelecimento de controles internos no âmbito da gestão pública visa essencialmente aumentar a probabilidade de que os objetivos e metas estabelecidos sejam alcançados, de forma eficaz, eficiente, efetiva e econômica;

A diferença reside no fato de que a referida Instrução Normativa Conjunta se destinava apenas aos órgãos da administração pública federal direta, ao passo que

²⁴ O art. 2º, inciso II, da IN nº 001/2016-MPOG/CGU define o apetite a risco como o “nível de risco que uma organização está disposta a aceitar”.

o Decreto nº 9.203/2017 ampliou o seu leque de aplicabilidade para abranger também as autarquias e fundações da União, conforme explicitado anteriormente.

Cumpra anotar que, em verdade, o dispositivo legal acima colacionado tomou por empréstimo a conceituação de controle interno trazida pelo *Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission* (mais conhecido por COSO²⁵), entidade norte-americana sem fins lucrativos e independente que, há mais de três décadas, especializou-se na detecção e na prevenção de fraudes financeiras/contábeis, notadamente em corporações privadas, sendo referência mundial no tema de controle interno, a qual assim o definiu:

[...] um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários, e é estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança de que na consecução da missão da entidade os seguintes objetivos gerais serão alcançados: (1) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; (2) cumprimento das obrigações de *accountability*; (3) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e (4) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano (COSO, 2013).

Conquanto o manual do COSO e a IN nº 01/2016-CGU/MPOG mencionem que o controle é estruturado para “enfrentar os riscos” e a definição do Decreto nº 9.203/2017 o destina a mitigá-los, na prática, não se verifica qualquer diferença entre eles, uma vez que ambos se inserem dentro do conceito de gestão de riscos, ou seja, do processo que visa a identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos²⁶.

Conquanto exista uma certa discricionariedade da alta administração na definição dos riscos que podem ser evitados, aceitos ou mitigados – uma vez que cabe a ele definir os objetivos institucionais a serem atingidos – é certo que os

²⁵ O COSO é composto por representantes das principais associações norte-americanas de classe de profissionais ligados à área financeira e, desde 1985, se dedica a estudar os fatores que contribuem para a geração de relatórios fraudulentos na área financeira/contábil. Atualmente, ele ajuda as corporações a melhorarem o seu desempenho, desenvolvendo uma liderança inovadora a partir de três pilares: (i) controle interno; (ii) gerenciamento de riscos e (iii) prevenção de fraudes. Em 1992, o COSO publicou a obra intitulada **Controle Interno - Estrutura Integrada**, a qual foi revisada e reeditada em maio de 2013. Além disso, sobre o tema de controle interno, publicou ainda os seguintes estudos: **Problemas de Controle Interno no Uso de Derivativos** (1996), **Controle Interno sobre Relatórios Financeiros - Orientação para Empresas Públicas Menores** (2006) e **Orientação sobre Monitoramento de Sistemas de Controle Interno** (2009). Disponível em: <https://www.coso.org/Pages/aboutus.aspx>. Acesso em: 05 jan. 2022.

²⁶ A definição de gerenciamento de riscos em comento encontra-se entabulada no art. 2º, IV do Decreto nº 9.203/2017.

conceitos de controle acima colacionadas nos permitem entrever quatro objetivos que não podem ser descurados nesse processo: a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; b) cumprimento das obrigações de *accountability*; c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e d) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos.

Dito de outra forma, não podem ser admitidos eventos que possam impactar negativamente no alcance desses quatro escopos pela Administração Pública, sendo que a atividade de controle deve se centrar, basicamente, em examinar se há riscos que possam expor a perigo o atingimento desses quatro objetivos e de outros que tenham sido estabelecidos pela alta administração.

Sob essa perspectiva, é importante reconhecer que nem sempre os diagnósticos iniciais e as ações de mitigação terão os efeitos esperados, razão pela qual se impõe ao controle interno um nítido **caráter preventivo**, isto é, mantendo uma perspectiva de atuação voltada à prevenção daquela falha, ao invés de simplesmente focar a atribuição de responsabilidade e a instauração de processos sancionadores. Cuida, assim, de identificar as fragilidades de cada processo e, a partir de então, implementar medidas que evitem ou visem minimizar a reincidência em casos futuros (BRASIL, 2018, p. 42), de modo a maximizar a eficiência administrativa e a evitar, de outra banda, o acionamento dos sistemas de responsabilidades (NOHARA *In*: PAULA; CASTRO, 2018, p. 331).

Nesse contexto, aliás, milita a diretriz da governança pública insculpida no art. 4º, inciso VI do Decreto nº 9.203/2017, a qual orienta aos órgãos da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional “implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores”.

2.2.3.2 Exame da conformidade legal, principiológica, ética, procedimental e finalística

Segundo o magistério de Odete Medauar (2014, p. 21), etimologicamente a palavra controle deriva do francês *contre-rôle*, aludindo a uma contraprova, isto é, à verificação de um determinado dado com o registro oficial ou um padrão (*rôle*). Citando Bergeron, a doutrinadora clássica leciona que:

controle consiste em estabelecer a conformidade de uma coisa em relação a outra coisa. Daí a necessidade de um *rôle* ideal, forma, modelo ou standard, que serve de medida para a comparação. Há controle quando há relação, aproximação ou confrontação entre esta coisa, objeto do controle, e esta outra coisa ou *rôle* ideal, que serve de escala de valor para a apreciação [grifo original].

Forte nessa premissa, o controle caracteriza, assim, uma atividade de confronto ou reexame analítico entre dois objetos, a fim de verificar a conformidade de um deles com o outro, que lhe serve de parâmetro.

Em outra perspectiva, o matemático russo Lev Pontryagin formulou a teoria do controle ótimo, segundo a qual controlar um objeto significa influenciar seu comportamento de modo a obter um resultado desejado. A essência da teoria do controle baseia-se na intercalação de um agente corretivo no fluxo do processo de modo a balizar seu comportamento, para que se processe dentro de padrões predeterminados (VIEIRA).

A despeito de parecidas, as concepções de controle acima deduzidas diferem entre si principalmente acerca do papel assumido pelo controlador no curso do processo, eis que, na primeira, ele adota uma posição passiva de cotejador, limitando-se a observar se o material questionado obedece aos padrões deontológicos pré-estabelecidos, ao passo que, na segunda, o controlador vai além, ele atua ativamente no processo, intervindo no mesmo a fim de corrigir eventual descompasso que tenha sido verificado.

A ciência do Direito, e mais especificamente, do Direito Administrativo, tomou por empréstimo essa acepção mais ampla do conceito de controle. Nesse sentido, compreende-se que o controle da Administração Pública consiste não só em averiguar a correspondência entre a atividade administrativa e as normas que a disciplinam (MEDAUAR, 2014, p. 44), mas também em ajustar eventuais desvios detectados, acaso possível.

Observa-se, pois, que o controle tem o propósito de “conter a ação dos órgãos no âmbito de competência de cada um, a estimular a própria ação e a mantê-la nos limites da legalidade e dos princípios da boa administração” (MEDAUAR, 2014, p. 55).

De ver-se, pois, que os segundos e terceiros aspectos conferidos à atividade de controle pelo Decreto nº 9.203/2017 (a garantia de uma execução

ordenada, ética, eficiente e eficaz da organização pública²⁷ e a preservação da legalidade), consagram, em verdade, atividades que já eram, em grande medida, triviais ao próprio conceito de controle vigente no Direito Administrativo, consistentes basicamente na fiscalização e na revisão da atividade administrativa.

Em outras palavras, cuida-se da verificação da conformidade entre a atuação administrativa e as normas e princípios que a disciplinam (controle de legalidade e principiológico), inclusive com relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração; e corrigir, sempre que possível, as condutas administrativas que tenham vulnerado tais parâmetros (CARVALHO FILHO, 2015, p. 975).

Conforme a definição legal supramencionada, percebe-se, outrossim, um evidente **cunho garantidor** ostentado pela atividade de controle sobre a atuação administrativa, à medida que se presta a assegurar não apenas que sua execução seguiu os preceitos da legalidade *lato sensu* (assim compreendida não apenas as leis, mas todas as normas e princípios pertinentes ao caso) e da ética²⁸, mas também a verificar, inclusive, a sua eficácia²⁹ e eficiência³⁰.

Importante ponderar, contudo, que mais do que se pautar em questões puramente legais e éticas, esse exame da conformidade guarda o propósito essencial de manter o sistema saudável e impedir comportamentos que turvem ou exponham a risco a integridade e confiabilidade da organização (LIMA, 2018, p. 39), a exemplo de corrupção, práticas anticoncorrenciais, fraudes de todo gênero, abusos ou desvios de poder, entre outras.

Aliás, essa também é uma das principais preocupações do legislador com relação às licitações e contratações públicas, uma vez que prescreveu na Lei nº 14.133/2021, dentre os objetivos da governança, a promoção de um ambiente íntegro e confiável, senão vejamos:

²⁷ Acredita-se que a garantia da execução econômica de uma organização pública esteja mais atrelada ao escopo de salvaguarda dos recursos públicos, que será analisado no tópico a seguir.

²⁸ Conforme preleciona o art. 10, §1º da IN nº 001/2016-MPOG/CGU, “Ética se refere aos princípios morais, sendo pré-requisito e suporte para a confiança pública”.

²⁹ Conforme preleciona o art. 10, §3º da IN nº 001/2016-MPOG/CGU, “As operações de um órgão ou entidade serão eficientes quando consumirem o mínimo de recursos para alcançar uma dada quantidade e qualidade de resultados, ou alcançarem o máximo de resultado com uma dada qualidade e quantidade de recursos empregados”.

³⁰ Conforme preleciona o art. 10, §4º da IN nº 001/2016-MPOG/CGU, “As operações de um órgão ou entidade serão eficazes quando cumprirem objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, de acordo com o estabelecido no planejamento das ações”.

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

[...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Vale lembrar que tanto a integridade quanto a confiabilidade foram indicados no próprio decreto autônomo³¹ como princípios da política de governança pública na Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional.

2.2.3.3 Salvaguarda de recursos públicos

Por derradeiro, constata-se que o controle interno na governança pública também assume um viés de salvaguarda de recursos, zelando pela economicidade no dispêndio de recursos públicos, conforme se verifica do próprio conceito desse mecanismo estatuído no decreto autônomo.

Conforme o magistério de José Afonso da Silva, a preocupação com a economicidade envolve, basicamente, verificar se o órgão procedeu de modo mais econômico na aplicação da despesa pública, analisando, por exemplo, se houve uma adequada relação de custo-benefício (SILVA, J., 2014, p. 763).

Imperioso registrar, de antemão, que a economicidade não se restringe apenas à acepção pecuniária de recurso, isto é, aos gastos financeiros, mas também se refere a um melhor aproveitamento dos recursos humanos e materiais de uma organização pública.

Nesse sentido, aliás, veja-se que a IN nº 001/2016-MPOG/CGU arrolou, dentre os objetivos de controle interno, “salvaguardar e proteger bens, ativos e recursos públicos contra desperdício, perda, mau uso, dano, utilização não autorizada ou apropriação indevida” (art. 10, V).

Não se trata necessariamente de uma inovação legislativa, uma vez que o art. 70 da Constituição Federal já estipulava competir ao controle interno de cada

³¹ Vide art. 4º, incisos II e III do Decreto nº 9203/2017.

Poder a fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, notadamente quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias das receitas.

Também a Lei nº 14.133/2021 estipulou, em seu art. 5º, a economicidade dentre os princípios vetores das licitações e contratos administrativos.

Observa-se, pois, que o escopo atribuído ao controle interno de preservação da economicidade no dispêndio do recurso público se presta, em apertada síntese, a aferir os custos da atuação administrativa e os correspondentes benefícios revertidos em prol da sociedade por meio do mesmo ato. O Decreto nº 9.203/17 abrangeu essa mesma percepção, ao instituir, em seu art. 4º, inciso VII, dentre as diretrizes da governança pública, “avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios”.

Não pairam dúvidas, assim, de que isso sinaliza uma preocupação própria da política de governança com relação à maneira como os funcionários públicos estão gerenciando a *res publica*, tratando-se, assim, de verdadeiro corolário do princípio democrático.

Convém ponderar que, para o exercício dessa função, revelam-se essenciais dois instrumentos complementares entre si, a saber: a prestação de contas (*accountability*) e a transparência.

Já se viu outrora³² que *accountability* é uma das acepções emprestadas ao vocábulo responsabilidade, estando especialmente vinculada ao dever de prestação de contas que recai todo servidor acerca de sua atuação no cumprimento da função pública. Trata-se, segundo as lições de José Luiz de Moura Faleiros Júnior (2020, p. 130), de um processo por meio do qual os gestores públicos são responsabilizados pelas próprias decisões e ações, contemplando o trato com recursos públicos e todos os aspectos de desempenho que podem ser submetidos a mecanismos de controle, seja interno ou externo, inclusive, social.

É dizer, deve existir uma necessária vinculação, notadamente na administração de recursos públicos, entre decisões, condutas e competências e seus respectivos responsáveis, cuidando, assim, a atividade de controle de verificar se houve a manutenção de uma linha clara e objetiva entre as justificativas e os

³² O assunto foi brevemente abordado na subseção 2.2.1 desta peça, ao tratarmos do mecanismo de liderança.

resultados da atuação administrativa (ROSÁRIO, 2020), de um lado, e os agentes públicos que dela tomaram parte, de outro.

A esse respeito, aliás, cumpre observar que no modelo gerencialista de Administração Pública – e, em particular, na governança pública – há uma mudança de foco no objeto do controle interno, que passa a se centrar não mais em cada etapa do processo, verificando sua regularidade, mas se volta prioritariamente a um controle de resultados, conferindo, assim, especial enfoque à eficiência das ações dos administradores, notadamente no que pertine ao alcance – ou não – dos objetivos institucionais.

Por outro lado, não se pode negar que a *accountability* confere verdadeira legitimidade ao poder democrático, à medida que “se funda na ideia de que a atribuição dos representantes para tomar decisões em nome de seus governados não é uma autorização plena e irrestrita, mas uma função do exercício indireto do consentimento” (MARTINS, 2022).

A prática do *accountability* pode assumir duas dimensões, a depender do poder encarregado de seu exercício: a horizontal (assim compreendida a atuação de entes estatais com poder de regulação, supervisão e eventual punição sobre os atos emanados por determinada entidade pública) e a vertical (realizado pelos cidadãos e pela mídia, também denominado controle social) (MARTINS, 2022, p. 42).

Não por outro motivo, o termo *accountability* está comumente atrelado a dois pressupostos, a saber: (i) à regra da transparência dos atos administrativos de forma a garantir o acesso à informação a todos os interessados, iniciativas já amplamente abraçadas pela Administração Pública Gerencial, conforme exposto no tópico precedente; (ii) à promoção de uma comunicação aberta não só para divulgar os dados relativos à produção e atividade do ente público, mas também para receber eventuais notícias de eventuais desvios perpetrados por funcionários públicos, e, assim, promover a eventual responsabilização de gestores que cometam irregularidades (MESSA *apud* NOHARA; PEREIRA, 2018, p. 246).

Importante mencionar que esses dados publicizados permitem gerar indicadores acerca da produtividade de cada órgão, os quais são, então, utilizados para se buscar instituir uma competição interna administrada entre as diversas unidades, servindo também, desse modo, como instrumento de instigação de resultados cada vez mais positivos e aprimorados por cada um desses setores.

Nota-se, assim, que a *accountability* está umbilicalmente vinculado ao instrumento da transparência, cabendo destacar que essa última se processa não apenas com relação aos gastos e receitas públicas, mas também no que pertine aos processos administrativos, viabilizando assim um *full and fair disclosure* às instâncias de controle, inclusive à sociedade, vale dizer, a todos os *shareholders* e os *stakeholders* da Administração Pública.

De ver-se, pois, que o *accountability* e a transparência buscam promover um reequilíbrio na assimetria de poder e de informação, dando ao cidadão maior capacidade de colaborar no processo decisório, bem como coopera para a legitimidade da atuação pública, reconstruindo a relação de confiança entre cidadãos e instituições públicas (BRASIL, 2018, p. 29).

Vale salientar que o Decreto nº 9.203/2017 estabeleceu, em seu art. 4º, algumas diretrizes de governança pública relacionadas ao tema da conformidade, do *accountability*, da transparência e da comunicação aberta, a exemplo de “VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade” e de “XI - promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação”.

Como se percebe, a prestação de contas e a transparência não têm sua aplicabilidade restrita apenas ao âmbito do controle, mas, do contrário, devem nortear toda a política de governança pública, tendo sido, inclusive, erigidas como princípios vetores da gestão pública baseada na governança³³.

Sem pretensão de esgotar, no presente trabalho, o exame dos mecanismos de governança pública, o que se constata, em verdade, ao final, é que eles se interconectam e complementam, formando um círculo virtuoso de constante aprimoramento da máquina pública, a saber: a alta administração estabelece estratégias a serem alcançadas, cujas metas e valores vão sendo consolidadas em todos os servidores públicos, fornecedores e nos cidadãos em geral a partir de uma liderança motivada, comprometida e responsável, havendo, contudo, uma necessidade de se controlar a implementação dessas políticas a fim de verificar se

³³ Conforme art. 3º, incisos V e VI do Decreto nº 9.203/2017

estão de acordo com o ordenamento e com os objetivos institucionais e princípios previamente traçados, ou não.

3 O KNOW YOUR CUSTOMER COMO INSTRUMENTO DE COMPLIANCE

O termo *compliance* tem origem no verbo *to comply*, que, no inglês, significa cumprir, obedecer, estar conforme, agir de acordo com. Aludido nome foi dado ao dever de estar em conformidade e fazer cumprir as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos (LIMA, 2018, p. 37). Por esse motivo, o vocábulo foi também utilizado para se referir ao programa inicialmente orientado para a gestão empresarial o qual objetivava prevenir, detectar e corrigir os atos contrários às políticas da empresa, isto é, às normas e aos valores éticos por ela abraçados e preconizados, combatendo as fraudes no ambiente de negócios.

No seio corporativo, o programa de *compliance* monitora o desenvolvimento de todas as atividades negociais, seja no relacionamento com os acionistas, fornecedores e clientes, verificando se tais relações guardam respeito com a ética e conformidade com a lei.

Vale salientar que, para além de exigir obediência aos preceitos legais e éticos por parte da empresa, seus sócios e funcionários, ou seja, *interna corporis*, o *compliance* visa garantir que os terceiros com quem a empresa se relaciona ou interage sejam tão éticos quanto ela (CUNHA In: NOHARA; PEREIRA, 2018, p. 278). É que, ao escolher um terceiro que, de alguma forma, representa, atua ou colabora com os interesses comerciais de uma empresa, são assumidos também os riscos que esse terceiro traz em suas transações comerciais, contratações, passivos trabalhistas, manchas na reputação, entre outros. Como bem sintetiza Liana Irani Affonso Cunha, “um ato cometido por terceiro, certamente atinge a reputação daquele que a contratou” (CUNHA In: NOHARA; PEREIRA, 2018, p. 278).

Nota-se, pois, que o *compliance* também o propósito de manter um ambiente íntegro e saudável e impedir práticas que turvem o mercado (LIMA, 2018, p. 39), a exemplo de corrupção, comportamentos anticoncorrenciais, fraudes de todo gênero, abusos, entre outras. Em outras palavras, ao adotar um programa de *compliance*, a empresa compromete-se, perante os seus sócios, funcionários, fornecedores e a sociedade como um todo, a engajar-se apenas e tão somente em negócios honestos (GIOVANINI In: PAULA; CASTRO, 2018, p. 54).

É importante destacar que não raras vezes, notadamente quando voltado aos órgãos públicos, o termo *compliance* é utilizado como sinônimo de governança pública, até mesmo porque várias das ferramentas para a execução bem-sucedida de

um programa de *compliance*³⁴ confundem-se com aqueles mecanismos de governança outrora comentados, a saber: suporte da alta administração, código de condutas e treinamentos (mencionados por ocasião da abordagem do pressuposto da liderança), avaliação de riscos e controles internos (atrelados ao mecanismo de controle), monitoramento (vinculado ao mecanismo de estratégia), entre outros.

Contudo essa acepção não é correta, sendo a governança mais ampla e abrangente que o *compliance*, notadamente ao se ter em conta o objetivo de cada instituto. O programa de *compliance* tem por finalidade desenvolver um ambiente corporativo de respeito à ética, às leis e aos valores da instituição, minimizando os riscos que possam colocar em xeque tais preceitos, ao passo que a governança pública visa, além desses mesmos propósitos, a excelência na prestação de serviços de interesse da sociedade (NASCIMENTO *In*: PAULA; CASTRO, 2018, p. 345) e o alcance dos objetivos institucionais.

Dessa forma, nota-se que a governança não se exaure apenas na implementação de um programa de *compliance*, muito embora todo ente público que adote um programa de *compliance*, muito provavelmente adota também uma gestão pública baseada na governança. Assim, enquanto a governança se volta ao tipo de gestão, o *compliance* se refere à adoção de práticas de conformidade às diretrizes internas e externas por essa mesma gestão, ou seja, a apenas um aspecto dela.

Aliás, nesse contexto de governança pública, é importante relembrar que o *compliance* é comumente denominado de **programa de integridade**³⁵, e tem por propósito não apenas verificar a conformidade dos atos com as normas princípios vigentes (uma vez que, como visto³⁶, esse confronto já é abarcado pela atividade de controle), mas visa primordialmente detectar e sanar quaisquer desvios, atos ilícitos, fraudes e irregularidades, além de combater e blindar o órgão público contra a corrupção (NASCIMENTO *In*: PAULA; CASTRO, 2018, p. 358).

Feitas essas distinções iniciais, convém destacar que o *compliance*, por se tratar de um programa de gestão, pressupõe a implementação de uma série de

³⁴ Para fins comparativos, foram utilizados os pilares dos programas de *compliance* propostos por Danielle Pinheiro Diógenes Lima em sua obra *Compliance: Prevenção de responsabilidade nos negócios e contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.49-60.

³⁵ Impende destacar que, a despeito das distinções ora apresentadas, é bastante comum na doutrina e na legislação os termos governança pública, integridade pública e *compliance* público serem utilizados de maneira simbiótica, tratando-os como se fossem o mesmo instituto.

³⁶ Na subseção 2.2.3.2 deste trabalho

medidas que interagem entre si com o fim de proporcionar o desenvolvimento de uma conduta ética dentro do ambiente empresarial e minimizar práticas fraudulentas e corruptivas. Nesse sentido, Danielle Pinheiro Diógenes Lima (2018, p. 9) enumera os seguintes pilares essenciais a um funcionamento adequado e harmônico desse sistema, a saber: (i) suporte da alta administração; (ii) avaliação de riscos; (iii) código de conduta; (iv) controles internos; (v) treinamento e comunicação; (vi) canais de denúncias; (vii) investigações internas; (viii) monitoramento e auditoria; e (ix) *due diligence* de terceiros.

Como se vê, várias desses pilares são igualmente úteis para a implementação de uma política de governança, contudo, ater-nos-emos tão somente ao estudo dessa última ferramenta, eis que pertinente ao objeto do presente estudo.

3.1 *Due diligence*: Definição e características

Segundo alguns autores³⁷, o termo *due diligence* (do inglês, devida diligência) deriva do conceito do Direito Romano “*diligentia quam in suis rebus*”, ou seja, a diligência de uma pessoa em cuidar de seus próprios assuntos, em gerenciar as suas coisas. Em outras palavras, trata-se de agir com cuidado, atenção e responsabilidade no cumprimento de obrigações e na realização de tarefas de seu interesse, evitando falhas, erros e consequências negativas.

A ferramenta da *due diligence* impõe a seu executor o dever de realizar a diligência devida, isto é, de agir de forma diligente, adotando todas as providências necessárias para avaliar previamente³⁸ os diversos fatores envolvidos em uma determinada transação, confirmando fatos e dados, a fim de propiciar um melhor conhecimento sobre o cenário e os riscos envolvidos no negócio jurídico.

Cuida-se, assim, de um procedimento de coleta e exame de dados incidente sobre os diversos aspectos de um negócio jurídico (contraparte, objeto, preço, garantias, etc), realizado previamente à sua celebração, de maneira a fornecer

³⁷ A exemplo de SANTOS, T. e SOUZA, Fernando Nunes Lana e.

³⁸ É importante registrar, desde já, que o *due diligence* normalmente é realizado por meio de investigações prévias à efetivação do contrato, contudo, já é pacífico na atualidade que o processo de confirmação de dados deve ser contínuo e dinâmico, cuidando de analisar, até a conclusão do contrato, se as empresas com as quais se faz negócio estão alinhadas com as políticas, procedimentos e metodologias adotadas pelas companhias.

um substrato mais sólido sobre as ameaças que possam afetar a concretização desse contrato, bem assim sobre as oportunidades que ele enseja.

Charles Bacon assim o define como um instrumento jurídico-financeiro concebido para evitar litígios e riscos, bem como para determinar o valor, preço e risco de uma transação, ainda, para confirmar vários fatos, dados e representações (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 55).

Convém destacar que, para além da mera confirmação de dados cadastrais, o *due diligence* busca obter a maior quantidade de informações possíveis acerca de uma empresa ou indivíduo com o fito de verificar e avaliar a sua integridade de antes de estabelecer qualquer tipo de relacionamento comercial ou financeiro com o mesmo, inclusive, se necessário, realizando diligências *in loco* ou uma análise mais aprofundada sobre a higidez contábil e financeira da empresa. Por isso é que alguns autores o conceituam como (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 60):

o procedimento de estudo e investigação de diferentes fatores de uma empresa com possível identificação de descumprimentos e irregularidades em uma Companhia, sendo um procedimento de investigação jurídica, comercial, fiscal e financeira de uma empresa dentro de um programa de Compliance, com a quantificação das contingências econômicas e legais, com fins de identificar se o negócio é seguro e viável, auxiliando em uma tomada de decisão mais assertiva.

A partir das definições acima, é possível extrair cinco importantes características do *due diligence*.

A primeira delas é que se cuida de uma medida atrelada à gestão de riscos de uma corporação, à medida que visa a identificar, avaliar e minimizar os riscos do negócio (*risk assessment*) para, assim, evitar futuros litígios.

Nessa concepção, relembramos quatro tipologias de riscos a serem analisadas no curso desse processo: riscos operacionais, de imagem/reputação, legais e financeiros/orçamentários³⁹. Ou seja, integra a atividade de *due diligence* a coleta da maior quantidade de dados possíveis acerca da transação no sentido de verificar se ela pode trazer perigo à operação da empresa, à sua reputação, às normas

³⁹ Essas tipologias estão prescritas na IN 001/2016-MPOG/CGU e foram explicitadas na subseção 2.2.3.1 deste trabalho.

envolvidas bem como examinar os impactos econômico-financeiros que eventualmente possam vir a causar.

A segunda característica, que se encontra de certa forma relacionada à primeira, é que o *due diligence* ostenta um cunho auxiliar no processo de tomada de decisões, não constituindo suas conclusões, na maior parte das vezes, *de per si*, uma decisão peremptória acerca da continuidade ou não do negócio.

Consoante outrora explicitado⁴⁰, o estabelecimento dos riscos que podem ser aceitos ou enfrentados é um encargo privativo da alta administração, sendo ela quem irá decidir, a partir dos dados fornecidos com base nas diligências prévias realizadas, se os riscos sobrepujam as oportunidades da transação, ou não. Nada obsta, contudo, que seja delegado ao setor de *compliance* o poder de vetar a continuidade do negócio acaso atingidos determinados parâmetros de riscos considerados inaceitáveis pelos administradores.

Por outro lado, é certo que nem sempre os procedimentos de *due diligence* irão permitir conhecer a fundo a verdadeira saúde financeira de uma empresa e toda a sua vulnerabilidade. Daí dessai o terceiro aspecto do *due diligence*, que é o seu caráter meramente preventivo, não se mostrando suficiente, em determinadas circunstâncias, para se obter um real e robusto conhecimento de todos os riscos efetivamente decorrentes da referida contratação. Melhor explicitando: o resultado desse procedimento não terá o condão de identificar precisamente todos os riscos atrelados ao negócio, até mesmo porque diversos deles são inevitáveis. Trata-se, assim, de buscar uma fumaça, um indicativo sobre a transação, deduzido a partir dos elementos que foram possíveis coletar.

Nesse sentido, observamos uma quarta propriedade do *due diligence*, uma vez que ele se presta a diminuir a assimetria de informação, ou seja, a disfuncionalidade consistente em “quando uma das partes, em uma negociação, tem um conjunto informacional diferente daquele conhecido pela outra parte” (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2022, p. 35).

Nesse diapasão, vale salientar que, nas últimas décadas, vem ganhando bastante relevo a Teoria da Informação, a qual destaca a informação como um dos ativos mais valiosos em um contrato⁴¹, haja vista que a maior parte das falhas de

⁴⁰ Vide a subseção 2.2.3.1 deste trabalho

⁴¹ Inclusive, na obra *Análise Econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/2021* (nova lei de licitações), há inúmeras menções à comparação de que “informação é o novo petróleo” (p. 35).

mercado e, por consequência, das ineficiências contratuais, decorrem, justamente, da dissonância informacional existente entre as partes que pode levar a situações especificamente vantajosas em favor de uma ou outra parte.

Não pairam dúvidas, assim, de que o processo de *due diligence* visa minorar a assimetria informacional existente entre as partes de um negócio, concorrendo, assim, para um mercado mais equilibrado e eficiente.

A quinta característica, e não menos importante, é que o *due diligence* se trata de um procedimento e, como tal, composto por diversos atos e etapas. Ele envolve investigações, análises e avaliações detalhadas sobre vários elementos de um negócio jurídico, sendo que uma de suas facetas – quiçá a mais popular – incide sobre um exame mais acurado acerca das partes envolvidas nas transações comerciais, como fornecedores, parceiros de negócios e clientes, prática esta comumente denominada *Know Your Customer* (KYC).

3.2. A prática do *Know Your Customer* (KYC)

O *Know Your Customer* (KYC) deriva da expressão em língua inglesa traduzida como “Conheça o Seu Cliente”, e ganhou larga disseminação principalmente a partir da adoção de suas práticas pelos bancos e instituições financeiras na prevenção à lavagem de dinheiro e no combate ao financiamento ao terrorismo (PLD/CFT), não tardando, contudo, a ser abraçado como um procedimento padrão de *due diligence* nos programas de *compliance* de diversas empresas.

Consiste, basicamente, numa avaliação pormenorizada do cliente – seja pessoa física ou jurídica - assim compreendendo seu mercado de atuação, sua saúde financeira, seus contratos e parcerias anteriores, sua estrutura administrativa e societária (no caso de empresas), existência de eventuais notícias desabonadoras no mercado, entre outros, visando identificar os riscos que poderiam vir à tona a partir da aceitação dessa pessoa no seu quadro de clientela (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 54). Isso inclui a verificação de históricos de corrupção, relacionamentos com pessoas politicamente expostas, antecedentes criminais, seu envolvimento com trabalho escravo ou condições análogas, entre outros aspectos relevantes, daí porque esse procedimento é também denominado *background check*.

Mais do que apenas conhecer o seu cliente, essa prática indica a necessidade de conhecê-lo verdadeiramente, incluindo todas as subjacências, numa tentativa de identificar eventuais dissimulações atreladas à utilização de seu nome:

In developing an effective “know your customer” policy it is important to note that appearances can be deceiving. Potential customers of a financial institution may appear to be legitimate, but in reality are conducting illicit activities through the financial institution. Likewise, legitimate customers may be turned away from the institution because their activities are perceived to have a criminal tone. It is also important to realize that various influences on legitimate customers may transform such customers into wrongdoers⁴².

Muito embora o termo em inglês se refira tão somente ao cliente de uma empresa, o KYC teve sua concepção ampliada no procedimento de *due diligence*, utilizando-se seus mesmos métodos para conhecer mais a fundo também outros parceiros comerciais, como fornecedores, empregados, candidatos a emprego, prestadores de serviços, etc, criando-se, por exemplo, as ferramentas denominadas *Know Your Employee* (KYE), *Know Your Supplier* (KYS) ou *Know Your Partner* (KYP). Nada obstante, no presente trabalho, não serão adotadas tais distinções, estando compreendida na tipologia do KYC a necessidade de verificação da idoneidade de todas as contrapartes que, de uma maneira geral, envolvam-se com o trâmite negocial, independente da natureza da relação jurídica.

Como visto, o *Know Your Customer* busca maximizar a quantidade de informações atinentes ao parceiro comercial, conhecendo mais detalhadamente todos os aspectos relevantes de sua vida atual e pregressa relacionados à sua integridade, aí incluindo sua capacidade econômica (da empresa e de seus sócios), ramo de atuação, situação fiscal, seu nível de adimplemento no relacionamento comercial, eventuais dívidas ou inscrições em bancos de restrições cadastrais, existência de processos judiciais, envolvimento com Pessoas Politicamente Expostas (PEP)⁴³, entre outros.

⁴² “Ao desenvolver uma política eficaz de “conhecer o seu cliente”, é importante notar que as aparências podem enganar. Os potenciais clientes de uma instituição financeira podem parecer legítimos, mas na realidade podem estar realizando atividades ilícitas por meio da instituição financeira. Da mesma forma, clientes legítimos podem ser rejeitados pela instituição porque suas atividades detêm um tom possivelmente criminoso. Também importante perceber que várias influências sobre clientes legítimos podem transformá-los em transgressores” (tradução nossa). Bank Secrecy Act – Section 601.0. Disponível em: <https://www.fdic.gov/resources/supervision-and-examinations/examination-policies-manual/section8-1.pdf>.

Acesso em: 16 jan. 2024.

⁴³ O art. 1º, §1º da Resolução nº 40 do COAF, de 22 de novembro de 2021, considera como politicamente expostas as seguintes pessoas:

Essa prática se perfaz comumente por diversas formas e etapa, sendo a primeira delas a obtenção de informações diretamente com o cliente. É importante conhecer fatos que ele próprio traz sobre si, vale dizer, como ele se apresenta, se tem a integridade em compartilhar todos os dados relevantes, sejam eles pessoais, reputacionais, profissionais, comerciais, inclusive os negativos, se houver (CUNHA *In*: NOHARA; PEREIRA, 2018, p. 283).

Tal premissa se lastreia no princípio de divulgação completa de informações (*full disclosure*), segundo o qual os agentes revelam até mesmo informações negativas sobre si mesmas, porque, via de regra, ficar em silêncio implicaria um tipo ainda mais negativo (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2022, p. 39). Destaque-se, nesse diapasão, que o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG, 2015, p. 20/21) exorta a adoção da transparência nas empresas e assim a define:

consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização.

-
- I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;
 - II - os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União, de: a) Ministro de Estado ou equiparado; b) Natureza Especial ou equivalente; c) Presidente, Vice-Presidente e Diretor, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta; e d) Direção e Assessoramento Superior - DAS de nível 6 ou equivalente;
 - III - os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal;
 - IV - os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;
 - V - os membros do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral e os Subprocuradores-Gerais do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;
 - VI - os Presidentes e Tesoureiros nacionais, ou equivalentes, de partidos políticos;
 - VII - os Governadores e Secretários de Estado e do Distrito Federal, os Deputados Estaduais e Distritais, os Presidentes, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta estadual e distrital e os Presidentes de Tribunais de Justiça, Militares, de Contas ou equivalentes de Estado e do Distrito Federal;
 - VIII - os Prefeitos, os Vereadores, os Secretários Municipais, os Presidentes, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta municipal e os Presidentes de Tribunais de Contas de Municípios ou equivalentes.
- Além disso, o § 2º da mesma resolução também abarca no mesmo conceito as pessoas que, no exterior, sejam chefes de estado ou de governo; políticos de escalões superiores; ocupantes de cargos governamentais de escalões superiores; oficiais gerais e membros de escalões superiores do poder judiciário; executivos de escalões superiores de empresas públicas; dirigentes de partidos políticos.
- Vale salientar que O § 3º também integra nessa lista os dirigentes de escalões superiores de entidades de direito internacional público ou privado.

Muito comum, para tanto, solicitar o preenchimento de um formulário padrão por parte do cliente visando revelar todas as informações consideradas pertinentes ao negócio, incluindo sua reputação⁴⁴, bem como o fornecimento de suporte documental de tais dados, sempre que possível.

Outra maneira bastante comum de conhecer o seu cliente é realizando a busca desses mesmos dados – e de outros – de maneira independente, seja pesquisando em órgãos públicos, em base de dados, em fontes abertas, ou, ainda, realizando diligências *in loco*.

Dentre as buscas que podem ser realizadas junto a entes públicos, destacam-se, à mera guisa de exemplificação, a obtenção de certidões emitidas por cartórios judiciais acerca de processos envolvendo a pessoa investigada (especialmente relacionados à falência, recuperação judicial, dívidas trabalhistas, execuções fiscais, processos civis, etc), certidões de antecedentes e processos criminais, a verificação de registros de protestos junto aos cartórios extrajudiciais, etc.

Por outro lado, alguns bancos de dados considerados bastantes úteis na ferramenta de KYC são aqueles que mapeiam a razão social, CPF/CNPJ e seus representantes legais (como o da Receita Federal), que denotam a existência de restrições financeiras e cadastrais (a exemplo do SPC e SERASA), que indicam o seu patrimônio (veículos, imóveis, etc). É importante salientar que boa parte dessas bases de dados tem um custo (seja por meio de uma assinatura – mensal ou anual – ou por cada pesquisa efetivada) ou demanda a assinatura de convênios ou termos de cooperação técnica para sua utilização.

Vale ressaltar, doutra banda, que, no mundo globalizado e digital em que vivemos, há uma imensa gama de informações disponíveis em fontes abertas (*internet*), mostrando-se uma ferramenta importante para a coleta de dados relacionados ao cliente com relação às mais variadas temáticas, cabendo atentar,

⁴⁴ As informações relevantes divergem a depender do negócio, porém, basicamente, podem ser consideradas as seguintes, para pessoas físicas: nome, CPF, profissão, *status* familiar, vínculos societários, histórico empregatício, grau de escolaridade, comprovante de renda, antecedentes criminais (ou se já forma investigados ou condenados por infrações penais ou improbidades administrativas), se é PEP ou parente de PEP até segundo grau, referências em contratos anteriores com o mesmo objeto, entre outras; e para pessoas jurídicas: razão social, nome fantasia, CNPJ, nome dos sócios/diretores/conselheiros/procuradores (incluindo informações sobre os mesmos e sua vida pregressa), capital social, informes de balanços financeiros, envolvimento com PEP, se há código de conduta ou setor de compliance/integridade, referências em contratos anteriores com o mesmo objeto, etc.

contudo, para a confiabilidade dos mesmos, razão pela qual se demanda uma maior cautela em sua utilização e, se, possível, a sua confirmação por outros meios ou fontes.

Nada obsta, ainda, que no curso de uma atividade de *due diligence*, sejam ainda empreendidas outras diligências por parte dos responsáveis pela coleta de dados, seja se deslocando *in loco* a fim de confirmar o real funcionamento de uma empresa, seja entrevistando pessoas próximas ou antigos parceiros comerciais a fim de obter maiores referências, seja contratando uma auditoria independente para análise das contas e balancetes apresentados, tudo isso visando sempre a obter a maior quantidade de informações possíveis no sentido de identificar os riscos atrelados à contratação daquele determinado cliente.

Após essa etapa, todos os dados coletados são então submetidos a uma criteriosa avaliação a fim de identificar se eventuais não-conformidades (*red flags*) estão de acordo com os parâmetros de risco previamente fixados pelos administradores. Imperioso registrar a boa prática consistente na compilação, num relatório, sobre o resultado dessa análise de KYC, a fim de lastrear os administradores no processo de tomada de decisão.

Por fim, cumpre destacar que o KYC não é uma prática a ser efetivada apenas previamente à conclusão do negócio, mas ela dever ser renovada periodicamente a fim de assegurar a constante atualização das informações relacionadas ao cliente – notadamente verificando se ele continua alinhado com as políticas, procedimentos e metodologias adotados pela companhia (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 56), e se ainda se insere dentro do perfil de risco considerado aceitável pela corporação – especialmente no contexto econômico atual de rápidas e frequentes mudanças sofridas numa sociedade de risco globalizado⁴⁵.

⁴⁵ Convém destacar que alguns argumentam que o KYC seria o nome destinado apenas ao primeiro processo de coleta de informações, sendo que os demais procedimentos contínuos de atualização de dados e de análise de seu risco seriam denominados *Customer Due Diligence* (CDD).

3.3 Influências legislativas do *due diligence* e do *Know Your Customer* (KYC) no exterior e seus principais marcos legais e regulamentares no Brasil

A previsão de um procedimento de *due diligence* foi originalmente estipulada em 1933 no *US Securities Act*, ato normativo norte-americano que rege o mercado de valores mobiliários. Em sua seção 11, agentes de investimentos foram autorizados a realizar diligências prévias com o propósito de confirmar a veracidade das informações registradas pelas companhias emissoras de ações visando respaldar os investidores sobre a decisão de adquiri-las ou não, enquanto a seção 17 isentou aqueles de responsabilidade sobre eventual acusação de omissão de informações caso tivessem adotado essa cautela. Isto levou à prática de conduzir investigações detalhadas dos registros financeiros, da gestão, das operações e dos riscos das empresas antes de investir nos seus títulos, isto é, em toda e qualquer Oferta Pública de Venda (OPV) de ações (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 54).

Ao longo dos anos, essa mesma preocupação foi também se alastrando para o direito empresarial, tornando-se ferramenta crucial para a realização de procedimentos societários em todo o mundo, auxiliando a tomada de decisões em questões como a seleção de parceiros apropriados para formação de *joint ventures*, fusões e aquisições, entre outros (MACEDO *In*: MARQUES, L.; CRUZ, C.; MARQUES R., 2023, p. 56).

Vale salientar que, em 1970, numa tentativa de coibir as vultosas movimentações financeiras da criminalidade organizada, decorrentes, especialmente, do tráfico internacional de drogas, foi promulgada nos Estados Unidos uma lei denominada *Financial Recordkeeping and Reporting of Currency and Foreign Transactions Act* (mais conhecida por *Bank Secrecy Act* – BSA), a qual determinou às instituições financeiras que mantivessem registros apropriados e arquivassem relatórios envolvendo transações financeiras e o relacionamento com os clientes⁴⁶. Foi um dos primeiros instrumentos legais que exigiu a adoção da política do KYC pelas instituições financeiras, determinando que elas estabelecessem e mantivessem procedimentos apropriados para verificar a identidade de seus clientes.

⁴⁶ <https://www.fdic.gov/resources/supervision-and-examinations/examination-policies-manual/section8-1.pdf>

Em 1977, após o escândalo político de espionagem e corrupção ocorrido nos Estados Unidos e que ficou mundialmente conhecido como “Caso Watergate”⁴⁷, foi promulgada naquele país a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), contendo uma série de medidas e sanções visando, de um lado, prevenir os atos de corrupção e pagamento de propinas para autoridades estrangeiras, e de outro, estabelecer critérios de transparência contábil.

Conquanto se trate de uma lei americana, sua aplicabilidade não se restringe apenas às pessoas físicas e jurídicas com domicílio nos Estados Unidos, mas também abarca as corporações com ações cotadas nas bolsas de valores, os atos de corrupção praticados em território americano (ainda que de passagem⁴⁸ e independentemente da nacionalidade do indivíduo ou da firma) e outras pessoas que, de alguma forma, estejam sujeitas à legislação americana.

Por esse motivo, o FCPA acabou por estimular uma cultura de *due diligence* nas empresas ao estabelecer a responsabilidade cível, administrativa e criminal – extensível, inclusive, às sucessoras e aos agentes terceirizados – por violações às suas determinações.

É importante considerar que isso também alargou os propósitos do procedimento de *due diligence* a ser realizado, que antes se voltava apenas para a verificação de dados de identificação e histórico profissional/comercial atrelados a um cliente, passando, então, a se debruçar também sobre o seu possível envolvimento com atividades ilícitas, em especial, a corrupção internacional e fraudes contábeis. Ou seja, os riscos considerados deixaram de ser basicamente os operacionais, passando-se a atentar também para os riscos de imagem/reputação da empresa.

⁴⁷ “O Caso Watergate marcou uma grave crise política dos Estados Unidos em razão da descoberta de espionagem e corrupção durante a campanha eleitoral do presidente à época, Richard Nixon, do partido republicano. As investigações conduzidas pelas autoridades americanas, especialmente o Federal Bureau of Investigation (FBI) e a U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), revelaram um grande esquema de pagamentos a agentes públicos estrangeiros, realizado por meio de doações eleitorais de diversas empresas americanas. Durante a campanha eleitoral, autoridades americanas identificaram que pessoas ligadas ao comitê de reeleição de Nixon invadiram a sede do Comitê Nacional democrata, localizado no complexo Watergate em Washington/DC, com o intuito de instalar escutas e ter acesso a documentos do partido rival”. (KIM *et al.* Compliance em empresas estatais: Padrões internacionais e legislação brasileira. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *op. cit.* p.157)

⁴⁸ Nesse sentido, devem obediência ao FCPA todas as pessoas físicas e jurídicas envolvidas em transações de corrupção que tramitem por qualquer meio de comunicação americano, por bancos ou instituições americanas, sejam realizadas em dólares americanos, ou que quaisquer das fases da corrupção – ainda que uma simples reunião – tenha ocorrido em território americano (conforme ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.**, p. 9/11).

Desde o final da década de 80 e início da década de 90, houve uma crescente preocupação com o branqueamento de capitais, tendo o KYC sido alçado como uma das principais ferramentas de prevenção a esse ilícito, conforme se vê do documento conhecido como as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI)⁴⁹, uma organização internacional que estabelece padrões para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo⁵⁰.

Vale salientar que uma das principais tipologias de branqueamento de capitais consiste na utilização do nome de interpostas pessoas para figurar na propriedade ou titularidade de bens e ativos obtidos com recursos ilícitos, os denominados “laranjas” ou testas-de-ferro (no caso de pessoas físicas) ou empresas de fachada ou fantasmas (na hipótese da utilização de pessoas jurídicas).

Daí porque se acredita que as 40 Recomendações do GAFI, publicadas no ano de 1990, tiveram o condão de influenciar o estabelecimento, nas disposições finais e transitórias da **Lei nº 8.383/1991**, do artigo 64⁵¹, abaixo colacionado:

Art. 64. Responderão como co-autores de crime de falsidade o gerente e o administrador de instituição financeira ou assemelhadas que concorrerem para que seja aberta conta ou movimentados recursos sob nome:

I - falso;

II - de pessoa física ou de pessoa jurídica inexistente;

III - de pessoa jurídica liquidada de fato ou sem representação regular.

Parágrafo único. É facultado às instituições financeiras e às assemelhadas, solicitar ao Departamento da Receita Federal a confirmação do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Geral de Contribuintes.

Evidente que essa inquietação do legislador com relação à abertura e movimentação de contas bancárias em nome de interpostas pessoas invariavelmente

⁴⁹ As 40 recomendações do GAFI sofreram algumas atualizações, sendo a mais recente datada de 2012. Vale salientar que a “devida diligência ao cliente” está mencionada na recomendação de n. 10.

⁵⁰ O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) foi criado em 1989 pelos 7 países mais ricos do mundo (G-7) no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com a finalidade de examinar, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro. Essas políticas têm por objetivo impedir que os produtos dos crimes de tráfico de drogas e outros delitos graves sejam utilizados em futuras atividades criminosas e afetem as atividades econômicas legais dos países (COAF, p. 9).

⁵¹ Chama atenção que a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, tinha por objeto instituir a Unidade Fiscal de Referência, alterar a legislação de imposto de renda e dar outras providências, donde se vê que o dispositivo em comento (art. 64) não guardava, a priori, vínculo com a temática nitidamente fiscal versada na lei. (BRASIL. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal e Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm. Acesso em: 17 jan. 2024).

afetou o processo de KYC das instituições financeiras, cujas diretrizes foram regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional na Resolução nº 2.205/1993.

Impende ressaltar que as 40 Recomendações do GAFI, dentre outros instrumentos⁵², seguramente também influenciou na promulgação, no Brasil, da **Lei nº 9.613/98**, a qual, em seus arts. 10 e 11, imputou algumas obrigações a uma série de destinatários (denominados “pessoas obrigadas”⁵³), dentre as quais, o dever de

⁵² Segundo a cartilha de lavagem de dinheiro publicada pelo COAF e conforme exposto em sua própria exposição de motivos da Lei nº 9.613/98, além da 40 Recomendações do GAFI, ela foi inspirada nos seguintes instrumentos: i) Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (mais conhecida como Convenção de Viena de 1988); ii) Elaboração pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) e aprovação pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) do “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves”, de 1992; iii) O Comunicado Ministerial da Conferência da Cúpula das Américas sobre os Procedimentos de Lavagem e Instrumentos Criminais, 1995, Buenos Aires; iv) A Declaração Política e o Plano de Ação contra Lavagem de Dinheiro, adotados na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial das Drogas, 1998, Nova Iorque. (COAF, p. 11).

⁵³ A relação das denominadas “pessoas obrigadas” sofreu algumas alterações desde a redação original da Lei nº 9.613/98, notadamente no sentido de ampliar o rol, o qual, atualmente, é o seguinte:

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing), as empresas de fomento comercial (factoring) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); VI - as sociedades que, mediante sorteio, método assemelhado, exploração de loterias, inclusive de apostas de quota fixa, ou outras sistemáticas de captação de apostas com pagamento de prêmios, realizem distribuição de dinheiro, de bens móveis, de bens imóveis e de outras mercadorias ou serviços, bem como concedam descontos na sua aquisição ou contratação; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades; XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV -

identificar seus clientes, adotando, assim, expressamente, a política do “Conheça o Seu Cliente”⁵⁴ no ordenamento brasileiro, e se destacando por estender tal prática para além das instituições financeiras.

Convém mencionar que regulamentos emitidos pelas entidades supervisoras e fiscalizadoras cuidaram de aprimorar os requisitos de KYC exigidos, adaptando-os às particularidades de cada atividade regulada, conforme será mais bem enfatizado adiante.

Pois bem. Em virtude dos atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, uma das principais medidas adotadas por aquele país no combate ao terrorismo e seu financiamento consistiu no *U.S. Patriot Act*, o qual, em sua seção 312, aprimorou os requisitos de *due diligence*, em especial, do KYC das instituições financeiras americanas, a fim de abranger também as contas de correspondentes bancários estabelecidas ou mantidas por instituições financeiras estrangeiras e as contas bancárias privadas estabelecidas ou mantidas por pessoas não americanas.

Ressalte-se que, nesse mesmo ano, o Brasil assinou a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento ao Terrorismo⁵⁵, comprometendo-se, dentre outras medidas, a identificar, deter e congelar ou confiscar quaisquer fundos empregados ou alocados para fins de cometimento de terrorismo, bem como das rendas resultantes do cometimento desse delito (artº 8), impactando, assim, na política de KYC.

Já no ano seguinte (2002), na esteira das fraudes contábeis detectadas em grandes empresas americanas que levaram à sua falência, dentre as quais a ENRON,

peças físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. XIX - as prestadoras de serviços de ativos virtuais”.

⁵⁴ “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; [...]”

⁵⁵ Ressalte-se que somente em 26 de dezembro de 2005, por meio do Decreto nº 5.640, o Brasil ratifica essa convenção em nosso ordenamento (BRASIL. Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5640.htm. Acesso em: 16 jan. 2024).

Xerox WorldCom, o Congresso Americano promulgou o *Sarbanes-Oxley Act* (que restou assim conhecido por ter sido assinado pelo senador Paul Sarbanes e pelo deputado Michael Oxley, também popularmente denominado apenas de SOX). Referida legislação reforçou os processos de controle interno e *compliance* das companhias num intuito de proteger os investidores e demais *stakeholders* dos erros de escrituração contábeis e práticas fraudulentas, sendo instrumento salutar na consolidação da governança corporativa. É importante sublinhar que, de certa forma, a SOX acabou por reforçar o *due diligence* como uma das principais ferramentas de análise de riscos inclusive financeiros, principalmente no que tange aos processos de fusão e aquisição de companhias (mais conhecidos por sua sigla em inglês, M&A – *merges and acquisitions*).

No ano de 2003, o Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵⁶ a qual reforçava expressamente a importância do KYC para combater esse delito e a lavagem dos valores dele decorrentes, conforme se vê de seu art. 14, o qual estipula que cada Estado-parte:

a) Estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas; [...]

Dessa forma, constata-se que, impulsionado por eventos externos, o escopo do KYC foi-se alterando ao longo do tempo, deixando de ser um mero instrumento de confirmação de identidade e de análise financeira superficial sobre um potencial cliente ou parceiro comercial, para se firmar como um valoroso meio de identificação e avaliação de diversos riscos relativos à contraparte numa relação negocial.

Consoante outrora mencionado, com a promulgação da Lei nº 9.613/98, diversos segmentos empresariais ficaram obrigados a adotar políticas de KYC em seu

⁵⁶ Ratificada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 17 jan. 2024).

processo de *due diligence*, cabendo a determinados órgãos regulamentar e supervisionar a implementação dessa prática pelas pessoas obrigadas.

Nesse contexto, cumpre indicar que o Banco Central do Brasil emitiu diversas normas (dentre as quais, as Circulares nº 2.852/1998⁵⁷, 3.461/2009⁵⁸, 3.680/2013⁵⁹, 3.691/2013⁶⁰ e 3.978/2020⁶¹) definindo as diretrizes e os procedimentos que as instituições financeiras e demais instituições por ele autorizadas a funcionar (a exemplo de consórcios, mercados de câmbio) devem adotar para conhecer seus clientes.

Vale salientar que também o Conselho Monetário Nacional (CMN) exarou resoluções estabelecendo os procedimentos de *due diligence* a serem observados pelas instituições financeiras na abertura, na manutenção e no encerramento de conta de depósitos, com destaque para as Resoluções nº 2.025/1993⁶², 2.747/2000⁶³, 4.573/2019⁶⁴, entre outras.

⁵⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 2.852, de 3 de dezembro de 1998. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 03.03.1998. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/45239/Circ_2852_v1_O.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁵⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ_3461_v3_L.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁵⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 3.680, de 4 de novembro de 2013. Dispõe sobre a conta de pagamento utilizada pelas instituições de pagamento para registros de transações de pagamento de usuários finais. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3680_v3_P.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁶⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013. Regulamenta a Resolução nº 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3691_v1_O.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁶¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v3_P.pdf. Acesso em: 17/01/2024

⁶² CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_L.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁶³ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 2.747, de 29 de junho de 2000. Altera normas relativas à abertura e ao encerramento de conta de depósitos, a tarifas de serviços e ao cheque. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res_2747_v2_L.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

⁶⁴ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 4.753, de 26 de setembro de 2019. Dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50847/Res_4753_v3_L.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por sua vez, regulamentou o KYC no contexto do mercado de valores mobiliários por meio das Instruções nº 301/99⁶⁵, 463/08, 523/12, 534/13, 553/14⁶⁶, 617/19⁶⁷ e as Resoluções nº 50/21⁶⁸ e 179/23.

Vale salientar que o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI) desde 2010 já havia exarado a Resolução nº 1.168⁶⁹ determinando adoção de diversas medidas para identificação de clientes e manutenção de seus cadastros, tendo sido a mesma alterada em 2014 pela Resolução nº 1.136⁷⁰.

Na mesma esteira, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) exarou em 2 de julho de 2012 a Circular nº 445⁷¹ versando sobre a obrigatoriedade de adoção do KYC pelas sociedades seguradoras e de capitalização, os

⁶⁵ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução nº 301, de 16 de abril de 1999, com alterações trazidas pelas instruções CVM nº 463/08, 506/11, 523/13, 534/13 e 553/2014. Dispõe sobre a identificação, o cadastro, o registro, as operações, a comunicação, os limites e a responsabilidade administrativa de que tratam os arts. 10, 11, 12 e 13 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, referentes aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em:

<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst301.html>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁶⁶ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução nº 553, de 16 de outubro de 2014. Altera dispositivos da Instrução CVM nº 301, de 16 de abril de 1999. Disponível em:

<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst553.pdf>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁶⁷ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução nº 617, de 5 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo – PLDFT no âmbito do mercado de valores mobiliários. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst617.html>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁶⁸ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Resolução CVM nº 50, de 31 de agosto de 2021, com as alterações introduzidas pela Resolução CVM nº 179/23. Dispõe sobre a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP no âmbito do mercado de valores mobiliários e revoga a Instrução CVM nº 617, de 5 de dezembro de 2019 e a Nota Explicativa à Instrução CVM nº 617, de 5 de dezembro de 2019. Disponível em:

<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol050.html>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁶⁹ CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. Resolução-COFECI nº 1.168, de 9 de abril de 2010. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, para cumprimento das obrigações consignadas na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1988 e subsequentes alterações. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112601#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,de%201988%20e%20subsequentes%20altera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. Resolução-COFECI nº 1.336, de 20 de outubro de 2014. Altera a Resolução COFECI nº 1.168/2010 em conformidade com a nova redação da Lei 9.613/98 em face da edição da Lei 12.683/12. Disponível em: https://www.crecisp.gov.br/Media/resolucao1336_2014.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁷¹ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 445, de 2 de julho de 2012. Dispõe sobre os controles internos específicos para a prevenção e combate dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, ou os crimes que com eles possam relacionar-se, o acompanhamento das operações realizadas e as propostas de operações com pessoas politicamente expostas, bem como a prevenção e coibição do financiamento ao terrorismo. Disponível em:

<https://www2.susep.gov.br/download/circular%20445.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

resseguradores locais, as entidades abertas de previdência complementar, as sociedades cooperativas, as sociedades corretoras de resseguros e os corretores de seguros, de capitalização e de previdência complementar aberta.

Desde o ano de 2012, O COAF emitiu algumas normas relacionadas a práticas de KYC para alguns segmentos empresariais, por meio das Resoluções nº 21/2012 (*factoring* – posteriormente revogada pela Resolução nº 33/2020 e mais recentemente, pela Resolução nº 41/2022⁷²), nº 22/2012 (loterias – revogada pela Resolução nº 27/2013), nº 23/2012⁷³ (comércio de joias e metais preciosos), nº 25/2013⁷⁴ (comércio de bens de luxo ou alto valor), nº 30/2018⁷⁵ (promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas ou artistas).

Seguindo essa mesma trilha, em 2013, o Conselho Federal de Economia (COFECON) determinou às pessoas físicas e jurídicas que exploram a atividade de economia e finanças a adoção de protocolos para melhor identificação de seus clientes, por meio da Resolução nº 1.902/2013⁷⁶.

⁷² CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. Resolução nº 41, de 8 de agosto de 2022. Dispõe sobre o cumprimento dos deveres de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa - PLD/FTP legalmente atribuídos a empresas de fomento comercial ou mercantil (*factoring*), na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e da legislação correlata. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acao-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-superviso/regularcao/superviso/normas-1/resolucao-coaf-no-041-de-08-08.2022>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁷³ CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. Resolução nº 23, de 20 de dezembro de 2012. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acao-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-superviso/regularcao/superviso/normas-1/resolucao-no-23-de-20-de-dezembro-de-2012>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁷⁴ CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. Resolução nº 25, de 16 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou intermedeiem a sua comercialização, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acao-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-superviso/regularcao/superviso/normas-1/resolucao-no-25-de-16-de-janeiro-de-2013-1#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,613%2C%20de%203.3.1998>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁷⁵ CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. Resolução nº 30, de 4 de maio de 2018. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas ou artistas. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acao-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-superviso/regularcao/superviso/normas-1/resolucao-no-30-de-4-de-maio-de-2018>. Acesso em 17 jan. 2024.

⁷⁶ CONSELHO FEDERAL DE ECONOMIA. Resolução nº 1.902, de 28 de novembro de 2013. Define as obrigações das pessoas físicas e das pessoas jurídicas que exploram atividade de economia e finanças, em razão dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: [https://cofecon.org.br/transparencia/files/normas/Res/2013/Res-2013\(16\).pdf](https://cofecon.org.br/transparencia/files/normas/Res/2013/Res-2013(16).pdf). Acesso em: 17 jan. 2024.

Em 2016, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) regulamentou o KYC a ser adotado pelas pessoas físicas e jurídicas que comercializem artes e antiguidades e/ou obras de arte por meio da Portaria nº 396⁷⁷.

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC) emitiu a Resolução nº 1.530/2017⁷⁸, regulamentando o KYC pelos profissionais de sua área.

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou, por meio do Provimento nº 88/2019⁷⁹, as diretrizes a serem observadas pelos registradores, tabeliães de notas e de protestos com relação à identificação de seus clientes. Esse provimento foi recentemente alterado por meio do Provimento nº 161, de 11 de março de 2024 da Corregedoria Nacional de Justiça⁸⁰.

Por seu turno, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) somente em 2020 disciplinou a adoção de KYC para as entidades fechadas de previdência complementar, por meio da Instrução Normativa nº 34, de 28 de outubro de 2020⁸¹.

⁷⁷ INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Portaria nº 396, de 15 de setembro de 2016. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem antiguidades e/ou obras de arte de qualquer natureza, na forma da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/PORTARIA_396_-_2016-09-15_-_DISPOE_SOBRE_PROCEDIMENTOS_SOBRE_COMERCIALIZA%C3%87AO_DE_ANTIGUIDADES_E_OBRAS_DE_ARTE.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁷⁸ CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução nº 1.530, de 22 de setembro de 2017. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e organizações contábeis para cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 9.613/1998 e alterações posteriores. Diário Oficial da União. Ed. 187. Brasília-DF, 28 set. 2017, p. 142. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19323326/do1-2017-09-28-resolucao-n-1-530-de-22-de-setembro-de-2017-19323202. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 88, de 1º de outubro de 2019. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles a serem adotados pelos notários e registradores visando à prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro, previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e do financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Provimento-n.-88.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 161, de 11 de março de 2024. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, para atualizar suas disposições relacionadas a deveres de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP), além de atualizar regra de cumulação da atividade notarial e de registro com o exercício de mandato eletivo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5480>. Acesso em: 11 out. 2024.

⁸¹ SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Instrução Normativa nº 34, de 28 de outubro de 2020. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas entidades fechadas de previdência complementar visando à prevenção da utilização do regime para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, observando também aos dispositivos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial da União. Ed. 208. Brasília-DF, 29 out. 2020, p. 100. Disponível em:

Nesse mesmo ano, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração Substituta (DREI) editou a Instrução Normativa nº 76/2020⁸², determinando às juntas comerciais à necessidade de observância das políticas de KYC.

Convém destacar que, por meio da Resolução nº 36⁸³, de 10 de março de 2021, o COAF disciplinou ainda a matéria para as pessoas físicas e jurídicas obrigadas que não possuam órgão fiscalizador ou regulador próprio.

Por fim, somente no ano de 2021, a Polícia Federal editou a Instrução Normativa nº 196-DG/DPF, de 29 de março de 2021, disciplinando os protocolos para identificação dos clientes a serem realizados pelas empresas de transportes de valores, a qual sofreu algumas alterações no ano seguinte, pela Instrução Normativa nº 237-DG/DPF, de 13 de outubro de 2022⁸⁴.

De ver-se, pois, que, principalmente desde o novo milênio, o Poder Público já vem obrigando a iniciativa privada em diversas áreas a implementarem políticas rigorosas de *due diligence*, especialmente relacionadas a *Know Your Customer* (KYC), como ferramenta para gestão de riscos e prevenção a crimes e fraudes contábeis.

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-previc-n-34-de-28-de-outubro-de-2020-285633819>. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁸² DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Instrução Normativa nº 76, de 09 de março de 2020. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles a serem adotados no âmbito das Juntas Comerciais para o cumprimento das disposições da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativas à prevenção de atividades de lavagem de dinheiro, ou a ela relacionadas, e financiamento do terrorismo; e da Lei nº 13.810, de 8 de março de 2019, relativas ao cumprimento de determinações do Conselho de Segurança das Nações Unidas acerca da indisponibilidade de ativos. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390517#:~:text=%2D%20Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%2C%20os,da%20Lei%20n%C2%BA%2013.810%2C%20de>. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁸³ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS - COAF. Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. Disciplina a forma de adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa que permitam o atendimento ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, por aqueles que se sujeitem, nos termos do seu art. 14, § 1º, à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf. Diário Oficial da União. Ed. 47. Brasília-DF, 11 de mar. 2021. P. 55. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911>. Acesso em: 17/01/2024.

⁸⁴ POLÍCIA FEDERAL. Instrução Normativa nº 196-DG/PF, de 29 de março de 2021, alterada pela Instrução Normativa nº 237-DG/PF, de 13 de outubro de 2022. Normatiza o procedimento de comunicação de operações suspeitas ou que contenham indícios de crimes de lavagem de dinheiro ou de financiamento ao terrorismo efetuadas por empresas de transporte de valores, bem como os mecanismos dos processos administrativos instaurados contra empresas de transporte de valores em razão do descumprimento das obrigações de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento de terrorismo. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/instrucoes-normativas/in-196-21-dg-pf.pdf/view>. Acesso em: 17 jan. 2024.

4 A APLICAÇÃO DO *KNOW YOUR CUSTOMER* (KYC) COMO INSTRUMENTO DE COMPLIANCE DA PRIMEIRA LINHA DE DEFESA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No cenário atual, as contratações públicas deixaram de ser encaradas apenas como meros meios de que se vale a Administração Pública para a aquisição de mercadorias e fornecimento de serviços diante da proposta mais vantajosa, mas passaram a abranger também objetivos metacontratuais. É que se verificou que o poder de compra da Administração poderia ser utilizado como verdadeiro instrumento de política pública, sendo capaz de impactar diretamente no mercado ao estimular ou desencorajar determinados comportamento em seus fornecedores.

À mera guisa de exemplificação, Irene Patrícia Nohara (2022, p. 51) arrola as denominadas compras verdes ou compras públicas ambientalmente amigáveis, por meio das quais se privilegia a contratação de fornecedores engajados na promoção do desenvolvimento sustentável nacional. Também por intermédio das contratações públicas se pode influenciar na abertura de mercado para mulheres vítimas de violência doméstica ou egressos do sistema prisional⁸⁵ ou, ainda, conceder margem de preferência a empresas que atuem com bens manufaturados e serviços nacionais⁸⁶, contribuindo para a política de pleno emprego e a priorização do mercado interno brasileiro.

Forte nessa premissa, a Lei nº 14.133/2021 destacou, em seu art. 11, quatro objetivos a serem logrados nos procedimentos licitatórios, a saber: (i) a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; (ii) a garantia de justa competição e de tratamento isonômico entre os licitantes; (iii) evitar contratações com sobrepreço, superfaturadas ou com preços inexequíveis; e (iv) incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável.

Cumpre salientar que o legislador alçou o controle interno como principal instrumento de governança sobre as licitações e contratos públicos para o alcance de tais desideratos, conforme se verifica do parágrafo único desse mesmo dispositivo:

Art. 11 [...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e

⁸⁵ Art. 25, §9º da Lei nº 14.133/21

⁸⁶ Art. 26 da Lei nº 14.133/2021

estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A leitura do artigo em comento também nos permite antever outro escopo metacontratual privilegiado pela Nova Lei de Licitações e Contratos, qual seja, a promoção de um ambiente de contratação íntegro e confiável (art. 11, parágrafo único), expressamente abarcando, como vetores de todos os procedimentos licitatórios e contratos administrativos, os princípios da integridade e da confiabilidade, já analisados por ocasião dos mecanismos da governança pública⁸⁷.

Note-se que, ao estabelecer como escopo da Administração Pública a promoção de um ambiente íntegro e confiável, quis o legislador espalhar tais princípios a todos os participantes que circundam esse ambiente. Vale dizer, se antes a integridade e a confiabilidade eram voltadas precipuamente aos órgãos e entidades administrativos (seguindo a implementação de uma política de governança pública), agora devem os mesmos também atingir os licitantes e fornecedores, uma vez que partes integrantes de um ambiente de licitação e de contratação pública.

Dessa forma, torna-se dever imperativo da Administração Pública zelar, por meio de gestão de risco e controles internos, que os seus fornecedores e os concorrentes em uma licitação sejam igualmente íntegros e confiáveis, contribuindo, assim, para que o ambiente como um todo seja revestido de tais características.

Não por outro motivo, em diversos dispositivos da própria Lei nº 14.133/2021, o legislador exigiu dos licitantes a obrigatoriedade de implantação de programas de integridade como requisito para contratação ou para continuidade da execução do contrato⁸⁸ ou como critério de desempate⁸⁹.

⁸⁷ A integridade foi mencionada por ocasião da análise da subseção 2.2.1 (“liderança”) e ainda no capítulo 3 (“O *Know Your Customer* como instrumento de compliance”), ao passo que a confiabilidade foi examinada na abordagem da subseção 2.2.2 (“Estratégia”).

⁸⁸ A exemplo do art. 25, §4º (“§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”);

⁸⁹ “Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:[...] IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle”.

Pois bem. Assente no escopo especialmente atribuído à atividade de controle pelo parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021, cabe ao presente estudo, primeiramente, compreender os dispositivos que regem o atual sistema de controle estabelecido na mesma lei, para, em seguida, verificar se a realização de um *due diligence* preventivo pela Administração Pública com relação ao fornecedor a ser contratado – especialmente por meio da adoção da ferramenta do *Know Your Customer* (KYC)⁹⁰ – teria o condão de auxiliar na promoção do almejado ambiente íntegro e confiável nas licitações e nos contratos administrativos.

4.1 O atual sistema de controle estabelecido na Lei nº 14.133/2021: as linhas de defesa

Não pairam dúvidas de que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) deu seguimento à verve gerencial que a Administração Pública Brasileira já vem abraçando nas últimas décadas, especialmente a partir do novo milênio.

À mera guisa de exemplificação, diversos dispositivos expressamente adotaram o modelo de governança pública (art. 11, parágrafo único); a preocupação com a integridade e com a eficiência (art. 11, parágrafo único); a regra da transparência nos processos licitatórios (arts. 13 e 54); a redução de custos (art. 47, §1º, II), entre outras iniciativas próprias do universo corporativo inegavelmente acolhidas pela nova Lei.

Também do ponto de vista de controle não se pode negar a ampla aceitação dos princípios gerencialistas por parte da Lei nº 14.133/2021, ao determinar o desapego ao excesso de formalismo (art. 12, III; art. 169, §3º, I); o controle por resultado, promovendo a eficácia, eficiência e efetividade das contratações públicas (art. 11, parágrafo único; art. 170); além de instigar o controle social (art. 21, parágrafo único; art. 169, *caput*).

⁹⁰ Muito embora o termo mais pertinente a ser mencionado *in casu* fosse a ferramenta de KYS (*Know Your Supplier*), consoante outrora informado, considerando que se trata de uma mera variação da política do KYC, a qual já foi amplamente explicitada no capítulo precedente, optou-se por manter a mesma abordagem e utilizar tão somente a nomenclatura KYC, ainda que referente a outros envolvidos na transação comercial que não a figura do cliente.

Observem-se, outrossim, os diversos dispositivos⁹¹ enfatizando a necessidade de gerenciamento e a consequente minoração dos riscos do contrato, primando pela prevenção e pela estabilidade das relações jurídicas em detrimento do sancionamento e da invalidação dos atos administrativos, demonstrando, assim, indubitavelmente o acolhimento dos pilares da governança pública pelo legislador.

Aliás, também em relação ao controle das contratações públicas, a Lei nº 14.133/2021 acolheu iniciativas que se demonstraram prósperas no âmbito privado, tendo adotado expressamente o “modelo de três linhas de defesa” proposto pelo IIA – *Institute of the Internal Auditors* para gerenciamento de riscos por meio do documento intitulado *The three lines of defense in effective risk management and control*, datado de 2013⁹². Vale salientar que esse mesmo modelo é utilizado atualmente pela União Europeia (REGO, 2022, p. 156).

Basicamente, referido modelo estabelece três grupos (ou linhas) envolvidos no gerenciamento eficaz de riscos, fundando-se, assim, numa diretriz subjetiva de controle, uma vez que centra o exercício dessa atividade de acordo com o sujeito encarregado por sua execução. Veja-se da leitura do art. 169 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que essa também foi a modelagem adotada pelo legislador brasileiro:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Como se observa do texto legal, os servidores integrantes da primeira linha de defesa seriam aqueles diretamente envolvidos no ciclo da contratação pública

⁹¹ Nesse contexto, vejam-se os arts. 11, parágrafo único; art. 18, X; art. 22; art. 72, I; art. 98; art. 103; art. 147, II; art. 169, §3º, entre outros da Lei nº 14.133/2021.

⁹² Vale salientar que, em 2020, o próprio IIA atualizou o estudo, passando a denominá-lo como “O modelo das três linhas”, retirando-lhe, dessa forma, um caráter puramente defensivo que, na visão de RONNY CHARLES TORRES apenas se prestaria a proteger o valor, sem se importar em melhorá-lo. Assim, as reformas empreendidas na nova modelagem proposta pelo IIA teriam por propósito não somente proteger o valor, mas encontrar oportunidades para valorizá-lo.

(REGO, 2022, p. 156), incluindo as funções de apoio, ou seja, seriam aqueles que participam do processo de aquisição e de entrega dos produtos e/ou serviços pelos fornecedores da Administração (IIA, 2020, p. 5), aí compreendidos os servidores que atuam nos setores de licitação e de compras, bem como os fiscais dos respectivos contratos, os gestores, além dos membros do comitê interno de governança de cada órgão ou entidade.

Já os responsáveis por exercer a denominada segunda linha de defesa seriam os servidores encarregados da assessoria jurídica e integrantes do comitê de controle interno do órgão, os quais geralmente supervisionam os contratos públicos, confrontando-os com as regras e princípios vigentes em suas respectivas áreas de atuação.

Nos dizeres de Marçal Justen Filho (2021, p. 1689):

A referência à assessoria jurídica apresenta extraordinária relevância, porque reconhece que a fiscalização especializada a cargo do advogado público é fundamental para a prevenção de defeitos. O exame dos eventos, indispensável à emissão do parecer jurídico, impõe o dever exacerbado de diligência. Cabe ao assessor jurídico apontar todos os defeitos verificados, todas as inconsistências identificadas e se manifestar com independência funcional. Essa dimensão de responsabilidade se traduz inclusive na ampliação da severidade do tratamento quanto a falhas e defeitos.

Já a terceira linha de defesa consiste no exame realizado pelos órgãos de controle interno (Controladoria-Geral da União, dos Estados e dos Municípios) e externo (Tribunais de Contas) acerca de todo o processo de contratação e sua execução.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Marçal Justen Filho (2021, p. 1689), sustentam que a opção legislativa quanto à divisão em três linhas de defesa foi criar um sistema articulado de controle, em que todos os agentes públicos se voltam para uma finalidade em comum, inexistindo, portanto, “a contraposição de interesses ou a autonomia de fins norteadores da atuação de cada qual”. Dessa forma, os integrantes das distintas linhas de defesa atuam em regime de cooperação, não se tratando de uma sucessão de fases ou estágios (NÓBREGA; T, 2021, p. 527).

Outros, contudo, compreendem existir uma relação de precedência entre as diversas linhas de defesa, em virtude, principalmente, do grau de proximidade dos respectivos controladores com o ato controlado, o que lhes permitiria não apenas vivenciar “as peculiaridades idiossincráticas decorrentes de um gerir administrativo

cada vez mais complexo e exigente” (CARVALHO; CABRAL, 2021), mas também perceber eventuais descompassos e, promover, *incontinenti*, o seu ajuste, evitando maiores danos.

Os adeptos de uma anteposição entre as três linhas de defesa ainda argumentam que a própria divisão efetuada pelo legislador privilegia claramente o controle interno (indicado nas linhas de defesa I, II e III) ao externo (mencionado apenas na terceira linha de defesa), sendo que, como visto, aquele ostenta um caráter eminentemente preventivo⁹³. Nessa toada, os defensores desse ponto de vista defendem que “a atividade de controle externo, por mais bem intencionada que seja, não pode gerar a substituição da atuação do gestor, o que, por inúmeras vezes, ocorre nos casos de controle preventivo exercido pelos tribunais de contas” (CARVALHO; CABRAL, 2021).

Acerca da divisão do sistema de controle em sucessivas linhas de defesa, o plenário do Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido de que ela não diria respeito ao exercício dessa atividade, mas sim à ordem a ser seguida na apresentação de eventuais representações, pedidos de esclarecimentos ou recursos administrativos por parte dos interessados. Vejamos trecho do julgado (TCU, 2022):

considerando o princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal e as disposições previstas no art. 169 da Lei 14.133/2021, deve o interessado acionar inicialmente a primeira e a segunda linhas de defesa, no âmbito do próprio órgão/entidade, antes do ingresso junto à terceira linha de defesa, constituída pelo órgão central de controle interno e tribunais de contas, evitando, por exemplo, a apresentação de pedidos de esclarecimentos ou impugnação a edital lançado, ou mesmo de recurso administrativo concomitantemente com o ingresso de representações/denúncias junto a esta Corte de Contas, sob pena de poder acarretar duplos esforços de apuração desnecessariamente, em desfavor do erário e do interesse público [grifos originais].

Dessa forma, não há falar-se propriamente na existência de uma atuação prioritária entre as distintas linhas de defesa – cabendo a cada qual atuar de maneira independente e articulada dentro de sua esfera de atribuição controlatória – persistindo uma relação sequencial, tão somente, no que tange ao exame de eventuais irregularidades noticiadas por terceiros.

⁹³ O caráter prioritariamente preventivo que reveste a atividade de controle interno numa gestão baseada na governa pública já foi abordado na subseção 2.2.3.1 deste estudo.

Isso porque a própria Lei nº 14.133/2021 privilegiou, em seus arts. 170⁹⁴ e 171⁹⁵, a observância de um contraditório material pelos mecanismos de controle, incluindo, quando possível, a coleta da manifestação dos gestores antes de se adotar qualquer medida restritiva. Cabe lembrar, nesse ínterim, que os gestores integram a primeira linha de defesa dos contratos administrativos, sendo imperativo, portanto, que seja a eles oportunizada a possibilidade de esclarecer os fundamentos que justificaram o ato administrativo questionado.

Além do mais, o mesmo texto legal priorizou o viés preventivo da atividade de controle⁹⁶, “(ex ante), estratégico, que busque de forma abrangente (e não apenas incidental, repressiva) remover os problemas diretamente em suas raízes, evitando custos maiores ao erário e irremediáveis estragos à moralidade administrativa” (NÓBREGA; T, 2021, p. 526). Recorde-se que esse postulado se alinha ao princípio da governança pública que prioriza “ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores” (art. 4º, VI do Decreto nº 9.203/2017).

Dessa forma, não se pode negar que os integrantes da primeira linha de defesa estão mais próximos das atividades cotidianas da organização e, por isso, têm a capacidade de identificar primeiro os problemas relacionados à execução dessas atividades e de responder a esses problemas. Como decorrência, são os primeiros responsáveis por definir e implementar os controles necessários (TCU, 2023a), privilegiando, outrossim, o dever de autotutela da Administração Pública.

Vale lembrar, nesse diapasão, que, numa gestão baseada na governança pública, o controle detém não apenas o propósito de exame de conformidade legal e principiológica, mas também de mitigar os riscos e salvaguardar os recursos públicos, conforme outrora explanado⁹⁷. Levando em conta tais propósitos, Ronny Charles

⁹⁴ “Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei”.

⁹⁵ “Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições”.

⁹⁶ Nesse sentido, relembramos que o art. 169, *caput*, estimula práticas contínuas e permanentes de controle preventivo; ao passo que seu art. §3º, I, privilegia o aperfeiçoamento dos controles preventivos. Também no art. 53, *caput* e em seu §4º, o legislador condicionou os lançamentos dos editais de licitação e as contratações diretas à submissão a um controle prévio de legalidade.

⁹⁷ Subseção 2.2.3 desta peça

Lopes de Torres (2022, p. 842/843) bem explicita a função de cada uma das linhas de defesa, a saber:

A primeira linha de defesa envolveria “funções que gerenciam e têm propriedade sobre riscos”; já a segunda linha de defesa envolveria “funções que supervisionam risco”, enquanto a terceira linha de defesa envolveria “funções que fornecem avaliações independentes”.

Ou seja, compete a cada um dos integrantes das distintas linhas de defesa, em suas respectivas esferas de atribuições, zelar pela mitigação dos riscos atrelados aos certames e contratos públicos.

A esse respeito, calha agregar o magistério de Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega (2021, p. 528), para quem a principal atribuição dos integrantes da terceira linha de defesa (os órgãos centrais de controle interno e os Tribunais de Contas) é avaliar de forma independente “a eficácia da governança, do gerenciamento dos riscos e dos controles internos, incluindo a forma como a primeira e a segunda linhas de defesa alcançam os objetivos de gerenciamento de riscos e controle”.

Em outras palavras, tais órgãos teriam uma espécie de atuação final e complementar no sistema de controle, partindo-se da premissa de que as duas primeiras linhas devem ser capazes de identificar e prevenir a generalidade dos defeitos (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1689).

De ver-se, pois, que o sucesso do sistema de controle adotado pela Lei nº 14.133/2021 depende, fundamentalmente, da atuação conjunta e coordenada de todas as linhas, cabendo aos órgãos de controle interno participar ativamente na propositura de melhorias na gestão e na fiscalização das contratações públicas (NÓBREGA; T, 2021, p. 531).

Além disso, a nova lei estabeleceu critérios (oportunidade, materialidade, relevância e risco) para o exercício da atividade de controle (art. 170)⁹⁸, priorizando, outrossim, o saneamento dos processos licitatórios e de seus respectivos contratos, evitando-se, com isso, a suspensão e a decretação a invalidade contratual. Nesse sentido dispõe o art. 169, §3º, *in verbis*:

⁹⁸ “Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.”

§3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Nessa mesma linha de raciocínio, aliás, militam vários dispositivos extraídos do mesmo texto legal que privilegiam o saneamento e a manutenção dos contratos em detrimento da decretação de sua nulidade⁹⁹, tendo essa matéria, inclusive, sido objeto de capítulo específico (capítulo XI – da nulidade dos contratos - arts. 147 a 150), alertando que a paralisação ou anulação do contrato só poderia ser decretada como medida de interesse público.

Não pairam dúvidas, assim, de que a Nova Lei de Licitações abraçou a contemporânea (e necessária) consagração de parâmetros consequencialistas no processo decisório, de modo a atribuir não apenas ao gestor público – mas também aos controladores – o dever de considerar potenciais efeitos perversos do desfazimento do contrato administrativo (SILVA; R, 2022, p. 294).

Isso decorre de inegável influência dos novos preceitos introduzidos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) por meio da Lei nº 13.655/2018 “com intuito de gerar segurança jurídica, confiabilidade, imparcialidade, estabilidade, isonomia e previsibilidade nas licitações e nos contratos administrativos realizados entre o Poder Público e o licitante e/ou contratado” (REGO, 2022, p. 161).

Ora, se quis o legislador ponderar a necessidade de se empenhar um maior rigor para a anulação do contrato, priorizando – uma vez firmada a avença – a sua estabilidade e a segurança, pode-se compreender, por outro lado, que também deveria ser empreendido um maior rigor na escolha do contratado, de forma a mitigar os riscos de inexecução contratual e promover, de outra banda, um ambiente íntegro

⁹⁹ Nesse sentido, destacamos o art. 147, que assim estabelece: “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: [...]”

e confiável, além de concorrer para assegurar a eficiência, efetividade e eficácia de suas contratações, os quais, consoante já analisado, constituem objetivos das estruturas de controle interno, nos termos do art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021.

A despeito dessa inegável conclusão, constata-se que não houve qualquer inovação legislativa no que tange aos critérios para habilitação do fornecedor, cingindo-se a exigir da licitante vencedora apenas informações e documentos atinentes à sua constituição jurídica, sua capacidade técnica e econômico-financeira, bem como a comprovação de sua regularidade fiscal, social e trabalhista (art. 62).

Como se vê, o próprio controle interno realizado sobre o fornecedor em potencial da Administração Pública ainda guarda um cunho meramente formalista, descurando de realizar um exame mais detido sobre a empresa em si, os seus sócios, o seu real funcionamento, a compatibilidade de sua atividade com o objeto do contrato, sua idoneidade, seu histórico comercial, entre outros elementos hábeis a extrair informações completas e fidedignas sobre a capacidade e qualificação do licitante (CAMELO; NÓBREGA, M; TORRES, 2022, p. 39).

Nesse sentido, infelizmente, não são raras as notícias indicando contratos públicos firmados com empresas constituídas em nome de interpostas pessoas, inexistentes em suas sedes cadastrais, ou sem qualquer expertise com o objeto pactuado, travados não em virtude da boa reputação do fornecedor, mas sim em razão de corrupção, ou, no mínimo, falta de zelo por parte do servidor, acabando por ensejar prejuízo aos cofres públicos, na maior parte das vezes, milionários, quando não bilionários.

Em outros termos, é possível depreender que há uma subvalorização do risco do negócio por parte da Administração Pública antes da contratação de um fornecedor, modelo esse que se mostra extremamente ultrapassado frente à primazia da gestão de riscos própria de uma política de governança pública e que foi expressamente abraçada pela Lei nº 14.133/2021, donde se conclui pela urgente necessidade de recalibragem dos parâmetros de controle de atos e processos administrativos nesse aspecto.

4.2 A necessidade de adoção de um *due diligence* preventivo nas licitações e contratações públicas

Não pairam dúvidas de que a Lei nº 14.133/2021 promoveu uma necessária atualização em diversos campos atrelados às licitações e contratos públicos, rompendo com alguns paradigmas da gestão patrimonialista e burocrática e incorporando postulados do gerencialismo, dentre os quais, a governança, tudo isso com o fito de conferir um maior grau de discricionariedade e inovação por parte do gestor público.

Por outro lado, sabiamente o legislador exigiu uma análise mais pragmática e consequencialista por parte da atividade de controle, que antes era completamente dissociada da dinâmica da própria atividade administrativa, tendo-se tornado um instrumento de mitigação de riscos, e privilegiando indubitavelmente a prevenção à repressão; o saneamento da irregularidade em detrimento da invalidação do contrato.

Demais disso, tomando por empréstimo uma iniciativa próspera e amplamente difundida no seio corporativo, adotou o sistema de controle em distintas linhas de defesa, distribuindo em diferentes níveis a responsabilidade sobre a gestão dos riscos e o controle preferencialmente preventivo da atuação administrativa.

Contudo, como bem pontua Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 843), “o modelo de Três Linhas de Defesa objetiva ‘proteger o valor’ e não aborda realmente a importância de ‘melhorar o valor’”, razão pela qual o autor menciona já haver uma revisão global dessa modelagem pelo próprio *Institute of the Internal Auditors* (IIA)¹⁰⁰, não puramente defensiva, mas “também envolvida em encontrar oportunidades, criar valor e ao mesmo tempo protegê-lo”, com especial protagonismo para a gestão de riscos.

Aliás, a despeito de ter externado em diversos momentos uma preocupação com a gestão dos riscos – atendendo ao modelo preconizado pelo Decreto nº 9.203/2017 – o legislador não trouxe qualquer mudança quanto a esse ponto em etapas da licitação e do contrato cruciais à identificação e análise dos mesmos. Como exemplo, limitou-se a reproduzir, dentre os requisitos de habilitação de um fornecedor, as mesmas exigências meramente formais contidas na Lei nº 8.666/93, muito embora esse protótipo já tenha se mostrado, ao longo dos anos, por

¹⁰⁰ Atualmente o modelo das Três Linhas de Defesa nomina-se apenas “Modelo das Três Linhas”.

reiteradas vezes, bastante falho e insuficiente, avolumando-se notícias de desvios de recursos públicos decorrentes de contratos inexecutados ou superfaturados, firmados com empresas fantasmas, de fachada, sem qualquer expertise com o objeto contratual, pertencentes a pessoas vinculadas ao gestor local, com o consequente prejuízo ao erário.

Nesse aspecto, as preciosas lições de Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 53) já alertavam que “a licitação é um mecanismo de revelação de informações, que bem desenhado pode fazer com que as informações reveladas beneficiem o Poder Público licitante, mas que mal desenhadas podem tolher a eficiência do processo”.

Em verdade, o presente estudo se baseia na percepção de que não apenas as licitações, mas todo procedimento administrativo que antecede a assinatura de um contrato público – seja ela precedida de um certame ou não, a exemplo das contratações diretas – se revela um instrumento hábil e profícuo para a diminuição dessa assimetria informacional, uma vez que todo ele contempla uma fase de coleta de informações acerca da pessoa a ser contratada ou conveniada. Nesse contexto, acredita-se que o *due diligence* ora proposto possa igualmente ser aplicado em outras modalidades de transferência voluntária de recursos, a exemplo de convênios, contratos de repasse, termos de parceria, entre outros¹⁰¹.

Os mesmos autores aduzem ainda ser a fase de habilitação o momento propício para a redução dessa assimetria de informações, enfatizando, contudo, que, pela maneira literal e não compreensiva com que a Lei de Licitações vem sendo executada, “as informações obtidas não são capazes de garantir ao ente público a certeza de que o vencedor seria capaz de executar o contrato, sequer podem ser elogiadas como informações eficientemente indiciárias desta condição” (CAMELO; NÓBREGA, M; TORRES, 2022, p. 55).

Seguindo o mesmo tom crítico, Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 368) menciona que “o legislador parece ainda perceber o regime de habilitação sobre

¹⁰¹ O sítio eletrônico do Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania elenca os seguintes instrumentos de transferência voluntária de recursos: convênio (regulamentado pelo Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023 e pela Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023), termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação (todos eles firmados com organizações da sociedade civil e disciplinados pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 e pelo Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016), termo de execução descentralizada (disciplinado pelo Decreto nº 10.426, de 16 de julho de 2020) e contratos de repasse (disciplinado pelo Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023 e pela Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023). Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias>. Acesso em 12 out. 2024.

uma feição burocrata e disfuncional”. Ou seja, a despeito de a Lei nº 14.133/2021 ter expressamente abraçado o modelo de governança nas licitações e contratos administrativos, denotando sintonia com os preceitos de uma Administração Pública gerencial, resta claro que em certos aspectos – a exemplo dos requisitos de habilitação – ela ainda não acompanhou essa mesma evolução.

Nesse contexto, é com espreque na necessidade de se concretizar um controle verdadeiramente preventivo, baseado em riscos e engajado no propósito de melhorar o valor público¹⁰², que este trabalho propõe a adoção de um *due diligence* básico e uniforme para toda a Administração Pública, previamente à assinatura do contrato, uma vez que este momento configura a porta de entrada para os riscos inicialmente atrelados ao negócio.

Acredita-se, pois, que a implementação da política do KYC (*Know Your Customer*)¹⁰³ constituiria uma boa prática a ser abraçada pela primeira linha de defesa dos contratos públicos, de maneira a promover um controle minimamente diligente, preventivo e efetivo sobre os seus potenciais fornecedores, harmonizando, outrossim, com a dinâmica de prevenção e detecção de riscos proposta pela mesma lei, bem como com os postulados de integridade.

Conforme outrora analisado¹⁰⁴, referida ferramenta de *compliance* impõe ao contratante a necessidade de promover diligências no sentido de conhecer verdadeiramente o seu cliente, isto é, sua contraparte no negócio jurídico, visando analisar os riscos a ele subjacentes e seu envolvimento com atividades criminosas e suspeitas. Em outras palavras, trata-se não apenas em confirmar a veracidade das informações apresentadas pelo cliente, despindo-se de um exame meramente formal de cotejo de dados ou de análise superficial, mas buscando, principalmente, detectar se ele se enquadra em algum dos parâmetros de riscos inaceitáveis previamente estabelecidos pelos administradores.

¹⁰² O Decreto nº 9.203/2017 define, em seu art. 2º, II, valor público como “produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos;”

¹⁰³ Reiteramos, aqui, a anotação já registrada anteriormente no sentido de que “Muito embora o termo mais pertinente a ser mencionado *in casu* fosse a ferramenta de KYS (*Know Your Supplier*), consoante outrora informado, considerando que se trata de uma mera variação da política do KYC, a qual já foi amplamente explicitada no capítulo precedente, optou-se por manter a mesma abordagem e utilizar tão somente a nomenclatura KYC, ainda que referente a outros envolvidos na transação comercial que não a figura do cliente”.

¹⁰⁴ Vide o capítulo 3 deste estudo, em especial a seção 3.2.

Trazendo tal conceito para as contratações públicas, trata-se de uma estratégia por meio da qual a Administração Pública buscaria um conjunto de informações sobre o fornecedor que pretende contratar, de forma a verificar a sua integridade e compatibilidade com a execução do objeto contratado¹⁰⁵, tratando-se de um “filtro habilitatório eficiente” (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2022, p. 41) para prevenir fraudes, inexecuções contratuais e dispêndio desnecessário de verbas públicas.

Filia-se, assim, ao modelo dialógico defendido em diversas oportunidades pela própria Lei nº 14.133/2021, buscando obter, junto ao pretense fornecedor ou mesmo junto ao mercado, informações que possam ser úteis para identificar e avaliar os riscos que poderiam decorrer a partir de determinada contratação. Quanto a esse ponto, levando-se em consideração as tipologias de risco prescritas na IN nº 001/2016-CGU/MPOG outrora abordadas¹⁰⁶, vale salientar que o risco a ser examinado diz respeito não apenas aos riscos operacionais, mas também aos riscos de imagem do próprio ente público, uma vez que muitas vezes essa parceria pode afetar a própria reputação do órgão público.

É importante observar, ademais, que o legislador impôs, na fase preparatória de cada procedimento licitatório, a necessidade de se realizar uma análise dos riscos específicos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual¹⁰⁷, antecipando problemas e prevendo oportunidades, o que, via de regra, é formalizado por meio de um documento intitulado mapa de gerenciamento de riscos (BRASIL, SGD/ME, 2002). Vale salientar, inclusive, que esse mesmo procedimento de avaliação de riscos é exigido não apenas nos processos licitatórios propriamente ditos como também nos de contratação direta, *ex vi* o disposto no art. 72, inc. I, da Lei nº 14.133/2021.

A esse respeito, aliás, cabe enfatizar que o Tribunal de Contas da União (2023, p. 292) já selou entendimento de que caberia a representantes da área de contratações, com o apoio das áreas técnicas e requisitante, atualizar, na fase de seleção do fornecedor, o mapa de risco que fora originalmente elaborado pela equipe de planejamento da contratação, de modo que o procedimento de KYC se afiguraria

¹⁰⁵ Vale salientar que será dedicado um tópico específico no presente estudo com sugestões práticas de aplicação do KYC para os contratos públicos

¹⁰⁶ O assunto abordado na subseção 2.2.2., por ocasião do exame do mecanismo de estratégia em um modelo de governança pública.

¹⁰⁷ Art. 18, inciso X da Lei nº 14.133/2021.

um relevante instrumento de cotejo entre os riscos concretos envolvidos na contratação com aqueles estipulados, *in abstracto*, na etapa preparativa.

Interessante notar, por outro lado, que a Lei nº 14.133/2021 indubitavelmente privilegiou os programas de *compliance* e integridade, tornando-os obrigatórios em contratações de grande vulto¹⁰⁸, além de servir como critério de desempate no julgamento de propostas e atenuantes em sanções administrativas, mas, infelizmente, apenas os exigiu para os licitantes, isto é, para os particulares contratados pelo Poder Público. Nada foi mencionado, contudo, com relação a condutas diligentes que deveriam ser adotadas pela Administração Pública nessas mesmas contratações, para minimizar os seus riscos do negócio.

Nessa toada, não se pode perder de vista que a adoção de ferramentas de *compliance* também por parte da Administração Pública – e não apenas pelo particular - “se materializa em exata sintonia com a proposta de recrudescimento da eficiência pública a partir de instrumentos de gestão que assegurem o desenvolvimento institucional com o devido respeito aos valores constitucionais” (FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 102).

Vale lembrar, ainda, que, principalmente na última década, a Administração Pública já vem regulamentando e exigindo a adoção do KYC por parte dos mais diversos setores da iniciativa privada, a exemplo de instituições financeiras, corretoras de valores mobiliários, gestoras de distribuidoras de títulos e ativos mobiliários, fundos de investimento, corretores de imóveis, imobiliárias, economistas, contadores, fundos de pensão, empresas de consórcio, seguradoras, vendedores de obras de arte e itens de luxo, cartórios extrajudiciais, intermediários de artistas e atletas, comerciantes de joias, lotéricas, transportes de valores, juntas comerciais, entre outros¹⁰⁹. No entanto, até o presente momento, a própria Administração Pública não dá o exemplo quanto à adoção de uma prática que ela mesma impõe aos particulares, sendo imperativo, assim, que ela também se alinhe ao postulado do “*walk the talk*” – salutar em um modelo de governança pública – e faça aquilo que prega.

Rememore-se, por oportuno, que o mecanismo de liderança próprio de uma gestão por governança pública não se limita apenas a estimular determinados padrões de comportamentos nos servidores públicos que lhe são subordinados, mas destinam-

¹⁰⁸ Art. 25, §4º da Lei nº14.133/2021

¹⁰⁹ Esses setores da iniciativa privada e os respectivos instrumentos de regulamentação foram devidamente explanados na seção 3.3 do presente estudo

se também aos cidadãos em geral¹¹⁰, consistindo, assim, numa boa prática para propagação e promoção do valor da integridade perante a sociedade.

Por outro lado, a realização de um procedimento de *due diligence* pela Administração, prévio à contratação de um parceiro, minimizaria a problemática da seleção adversa¹¹¹, bastante comum nos contratos públicos, à medida que desestimularia a participação nas licitações de terceiros que não se encontrem em consonância com os pilares da integridade, evitando, por exemplo, a contratação de empresas inidôneas, fictícias, ou atreladas a pessoas com históricos anteriores de corrupção, desvio de recursos públicos e inexecuções contratuais. Também a hipótese de junção de pessoas mal-intencionadas com empresas já experientes e de renome poderia ser aferível em um *due diligence* eficiente, ao se verificar, por exemplo, eventuais alterações em seu padrão de comportamento, na composição societária, no controle acionário, ou, ainda, no quadro de funcionários.

Vale lembrar que um dos princípios que lastreia a política de governança pública é a confiabilidade, por meio do qual se pretende que a atuação administrativa passe a inspirar respeito e confiança para a sociedade em geral, sendo, assim, do mais relevante interesse público que os órgãos da Administração somente transacionam com parceiros sólidos e de boa reputação.

Aliás, a esse respeito, o professor Marcos Nóbrega (2020, p. 24) enfatiza a reputação da contraparte como uma forma de mitigar os efeitos da seleção adversa, salientando que a confiança e a eficiência são trunfos em relações negociais.

¹¹⁰ Conforme visto na subseção 2.2.1 deste estudo.

¹¹¹ Na obra *Análise Econômica das Licitações e Contratos*, os professores Bradson Camelo, Marcos Nóbrega e Ronny Charles Lopes de Torres explicam que a seleção adversa é uma falha de mercado decorrente da assimetria de informações em que “os agentes com melhores bens (mas com fatores não observáveis) decidem não ofertar e o mercado fica repleto dos piores ofertantes”, trazendo, inclusive, um exemplo bastante pertinente ao presente estudo. Veja-se: “*Como é cediço, muitos órgãos públicos, notadamente nas esferas municipais e estaduais, possuem fama de maus pagadores. Não propriamente por falta de recursos, mas por comportamentos ilegítimos de seus gestores ou pouca responsabilidade fiscal. Não é incomum, por exemplo, que novas gestões em algumas Prefeituras sejam marcadas por atraso no pagamento dos contratos firmados pelos gestores anteriores e adoção de medidas para extinção desses contratos. Em muitas outras, independente de estar a gestão em sua fase inicial, os atrasos nos pagamentos devidos são recorrentes, o que gera incertezas para os fornecedores, e muitas vezes apenas solucionados com contribuições financeiras a agentes corruptos ou organizações por ele indicadas. Nesse ambiente, os melhores fornecedores, que costumam oferecer propostas legitimamente vantajosas e que não aceitam submeter-se ao oferecimento de comissões ou vantagens ilícitas ao gestor, passam a ter desestímulo à participação. Com o tempo, essa promiscuidade afasta empresas sérias, prejudicando a competitividade e a obtenção de melhores contratações, pela Administração Pública*”. (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2022, p. 37-38)

Dessa forma, é notório que a realização de um *due diligence* preventivo pela Administração Pública propiciaria uma melhora no ambiente de negócios das contratações públicas, conciliando-se, assim, com um dos propósitos da atividade de controle estabelecidos no art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021¹¹².

Aliás, consoante mencionado outrora¹¹³, vale lembrar que a ferramenta de KYC não tem sua aplicabilidade restrita somente ao momento pré-contratual, mas do contrário, ela não só pode – como deve – ser renovada periodicamente, implicando em uma atualização rotineira das informações do cliente diante de sua rápida obsolescência no mundo cotidiano (GIOVANINI, 2018, p. 76).

Isso se revela de especial interesse para a Administração Pública tendo em vista que os cadastros de fornecedores (*vendor list*) adotados por certos órgãos públicos – que constituem uma das poucas práticas de controle preventivo corriqueiramente efetivadas – não podem ser levados em consideração como única fonte de dados a ser consultada acerca das empresas contratadas, impondo-se uma permanente atualização das informações ali inseridas.

Outrossim, já restou demonstrada uma inegável preocupação do legislador quanto ao controle preventivo, evitando a deflagração de contratações públicas indesejadas e, até mesmo, ineficientes, razão pela qual a gestão de riscos, naturalmente preponderante quando do planejamento do objeto licitado, deve ocorrer durante toda a fase de contratação pública, o que pode ser facilmente realizado por meio da ferramenta de KYC.

4.3 A consonância do *due diligence* preventivo com os pilares constitucionais e legais vigentes para a Administração Pública

Consoante outrora mencionado, conquanto tenha sido originariamente pensado para a proteção de instituições financeiras contra fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, desde 2002, o KYC teve o seu campo de abrangência ampliado para todas as empresas com atuação no mercado norte-americano, a partir da edição da Lei *Sarbanes-Oxley*, a qual instituiu uma série

¹¹² Conforme verifica na introdução ao item 4 do presente estudo

¹¹³ Mais especificamente na seção 3.2 deste estudo.

de procedimentos de governança corporativa, com o escopo de garantir o *compliance*, obtendo, em seguida, ampla adesão mundial¹¹⁴.

Muito embora o aludido princípio já seja imposto à boa parte dos entes privados desde 1998, ganhando força principalmente a partir da última década¹¹⁵, a sua utilização pela própria Administração Pública ainda não é uma realidade, conquanto ela gerencie bens e interesses da sociedade, e portanto, devesse atuar com ainda mais rigor na gestão da coisa pública do que o exigido para os particulares.

Acredita-se, outrossim, que uma atuação mais zelosa, profícua e uniforme por parte da Administração Pública, consistente na adoção do KYC de forma prévia à contratação dos fornecedores, encontra plena consonância com os princípios constitucionais reguladores da atividade administrativa, além de diversos regramentos estatuídos na nova Lei de Licitações.

Nessa toada, a adoção do *due diligence* preventivo coaduna-se com o princípio da moralidade estatuído no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, à medida que impede tanto o administrador como o particular contratado de praticarem condutas ofensivas à ética e à moral.

Refletindo sobre a Administração Pública e o dever de moralidade, Edilson Pereira Nobre Júnior (2016, p. 69) destaca que ele impõe ao agente público que “suas decisões se revistam das características inerentes à boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude ou de dolo”. Nessa mesma senda, Marçal Justen Filho (2021, p. 137) ensina que “a imoralidade configura-se como oportunismo, na acepção de obtenção e benefícios indevidos, aproveitando-se de circunstâncias que impedem ou dificultam o controle externo”.

Ora, não pairam dúvidas de que a contratação de empresas de fachada ou ditas “fantasmas”, ou ainda, constituídas em nome de interpostas pessoas é imoral e antiético, uma vez que lastreada em falsidades, em fantasias aparentes, para disfarçar o verdadeiro proprietário/controlador da empresa ou o seu efetivo funcionamento. Assim, ao adotar comportamento que vise justamente a coibir esse tipo de contratação, a Administração Pública está atuando em plena consonância com o princípio da moralidade.

¹¹⁴ Conforme visto na seção 3.3

¹¹⁵ Conforme visto na seção 3.3

Demais disso, também o princípio constitucional da eficiência administrativa é valorizado a partir da prática ora sugerida. Isso porque o referido princípio propõe ao administrador obter o máximo de aproveitamento (resultado) com o menor dispêndio de recursos possível. No caso das licitações e contratos públicos, o resultado almejado é a contratação de um fornecedor que possa entregar o bem ou serviço contratado pelo preço considerado mais vantajoso para a Administração. Contudo, o custo de um processo licitatório é deveras alto e a adoção de medidas preventivas de controle, tendentes a minimizar os riscos de inexecução contratual, e, por conseguinte, de ter de se submeter a todo um novo procedimento de licitação, indubitavelmente demonstra eficiência administrativa.

Eventual celeuma poderia surgir a partir da interpretação da parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988¹¹⁶, o qual, a par de estabelecer o processo de licitação pública como regra geral para contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública, expressamente ressalta que somente serão permitidas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Importante trazer à baila, nesse diapasão, a doutrina de Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 368), para quem o dispositivo constitucional em questão atua como um limitador da discricionariedade administrativa, carregando consigo um viés prático do princípio da proporcionalidade, na medida em que restringe o administrador a exigir apenas requisitos que sejam necessários à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, impedindo, com isso, o excesso de rigor no formalismo e a cobrança de exigências formais inócuas.

Dito de outro modo, a *mens legis* claramente adotada pelo constituinte é evitar a imposição de requisitos desnecessários de forma a restringir a competitividade do certame ou, de alguma forma, afrontar a isonomia entre os licitantes, com vistas a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas. Tanto é assim que o mesmo

¹¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

dispositivo expressamente determina que o processo de licitação pública deverá assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”, sendo, pois, corolário direto dos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) e da impessoalidade (art. 37, *caput*, CF).

Forte nessa premissa, vê-se que o KYC não descumpra o normativo constitucional em tela, mas, do contrário, reforça-o, na medida em que se presta justamente a examinar, de maneira um pouco mais acurada, se o fornecedor habilitado de fato contempla o nível de qualificação técnica e econômica indispensável para o bom adimplemento contratual, sem criar favoritismos ou barreiras.

Demais disso, conquanto alguns doutrinadores – dentre os quais destacamos Marçal Justen Filho (2021, p. 771) e Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 368) – compreendam que o dispositivo constitucional em enfoque (art. 37, XXI, CF) vede a criação de novos requisitos de habilitação a par daqueles consignados no art. 60 da Lei nº 14.133/2021; outros (a exemplo de CAMELO, NÓBREGA e TORRES, 2022, p. 105) defendem que esse entendimento se traduz num desvirtuamento da função definida pelo Constituinte para a habilitação nas contratações públicas, a qual é justamente aferir se o licitante detém condições de cumprir as obrigações que serão firmadas, informação esta que é desconhecida da Administração Pública.

Os defensores dessa última corrente sustentam, assim, que:

Em um ambiente com ausência de assimetria de informações, a capacidade ou incapacidade dos fornecedores para executar o contrato seria conhecida por todos, o que afastaria os inaptos do processo seletivo. Como essa realidade inexiste, a Administração precisa se municiar de exigências que busquem extrair essa informação, qual seja, a habilitação ou capacidade para executar o objeto, por parte dos interessados em disputar a licitação (CAMELO; NÓBREGA; TORRES, 2022, p. 105).

Vale lembrar, de outra banda, que por se tratar de um instrumento de controle, o KYC irá se lastrear, em cada contratação, no grau de tolerância aos riscos previamente definido pelos gestores públicos de nível estratégico, não cabendo, assim, qualquer inovação nesse sentido por parte dos servidores encarregados da realização do referido procedimento.

Doutra banda, no plano infraconstitucional, notadamente na recém-publicada Lei nº 14.133/2021, também se constata a harmonia entre a necessidade

de conhecer melhor o seu cliente por parte da Administração e diversos princípios trazidos no art. 5º da novel legislação, a exemplo da isonomia, da competitividade, do planejamento, do desenvolvimento nacional sustentável, entre outros.

Nesse contexto, o princípio da isonomia dispõe que a Administração deve conceder um tratamento igualitário a todos os participantes do processo licitatório, assegurando-lhes igualdade de condições.

Já o da competitividade determina “a adoção de condições de participação que permitam a mais ampla disputa” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 128). É importante destacar que não basta haver competitividade entre os licitantes, mas ela deve ser justa, conforme descrito no art. 11, II, da Lei nº 14.133/2021. Forte nessa premissa, não se pode negar que a participação num certame de uma empresa fantasma – a qual não funciona no endereço de cadastro, e por conseguinte não paga aluguel, não gasta recursos com tributos relacionados ao consumo de energia elétrica, água encanada/esgoto, entre outros, além não possuir empregados registrados, tampouco arcando, assim, com as despesas inerentes à regularização trabalhista e previdenciária dos mesmos – tudo isso inevitavelmente desequilibra a igualdade de condições entre as licitantes, além de interferir na própria competitividade das propostas.

Por outro lado, o princípio do planejamento impõe à Administração Pública o dever de previsão de suas ações futuras, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas. Cumpre salientar que o dever de previsão inclui ainda o que Marçal Justen Filho (2021, p. 117) chama de “causalidade reversa”, isto é, “o reconhecimento das ocorrências potencialmente aptas a produzir resultados diversos ou a impedir aquele que é o objetivo pretendido”. Nessa esteira de raciocínio, a aplicação do KYC como prática uniforme, obrigatória e prévia a todos os contratos públicos seguramente se ajusta a um necessário planejamento administrativo, uma vez que permite reconhecer esses potenciais riscos de inexecução contratual, com base numa melhor análise sobre o particular contratado.

Convém registrar, ainda, que o *due diligence* preventivo ora proposto vai ao encontro da promoção do desenvolvimento nacional, a qual não é apenas um dos princípios regentes das licitações e contratações administrativas (segundo o art. 5º da Lei nº 14.133/2021), mas também um dos fins norteadores da intervenção regulatória do Estado (art. 174 da Constituição Federal de 1988) e, mais que isso, um dos

objetivos fundamentais da própria República brasileira (art. 3º, II, da Constituição Federal de 1988).

O desenvolvimento nacional é, conforme acentua Neide Teresinha Malard, um processo de transformação da sociedade voltado para a realização da justiça social, por meio da adoção de um conjunto de políticas públicas voltadas para a construção das estruturas necessárias à iniciativa privada para gerar emprego, renda e tributos (MALARD, 2006, p. 249). Nesse diapasão, é dever da Administração Pública, como promotora do desenvolvimento nacional, adotar comportamentos que, de um lado, evitem a contratação de empresas irregulares, isto é, que não funcionem em seus endereços de cadastro, que estejam registradas em nome de interpostas pessoas, que empreguem trabalhadores de maneira informal, entre outras circunstâncias que evidenciem sua atuação à margem da lei, fomentando, por outro lado, a contratação de firmas obedientes e conformes às determinações legais.

Agregue-se que a sugestão de diligência proposta neste estudo também encontra conformidade com diversos objetivos estabelecidos no caput e parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021, especialmente no que se refere à maior vantajosidade para a Administração Pública, à justa competição, à promoção de um ambiente íntegro e confiável, além de se compatibilizar com os princípios de eficiência e moralidade que regem a atividade administrativa, já mencionados outrora.

Também se pode olvidar que a própria Lei nº 14.133/2021 impõe, em seu art. 18, inciso X, na fase preparatória do processo licitatório, “a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”, de maneira que o KYC se mostra ferramenta hábil a realizar esse cotejamento entre os riscos associados à contratação do fornecedor com aqueles pré-estabelecidos em cada licitação, antes da conclusão dos certames e da assinatura dos respectivos contratos.

Calha agregar, ainda, a prescrição do art. 59, §2º da Lei nº 14.133/2021 ao autorizar a realização de diligências por parte da comissão de contratação ou do pregoeiro para aferir a exequibilidade das propostas, evitando, com isso, a continuidade de uma relação contratual fadada à frustração. Comentando o referido dispositivo, Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 355) esclarece que:

essa preocupação e a atitude do agente para esclarecer dúvidas ajudam a uma esmerada instrução processual, impedindo decisões precipitadas ou equívocos de avaliação que impliquem prejuízo à competitividade ou mesmo

ao certame, em razão de eventual suspensão ordenada pelo Poder Judiciário ou por órgão de controle.

Note-se que os mesmos argumentos podem facilmente ser invocados para justificar a realização de diligências pela Administração não apenas com relação ao preço da proposta, mas também quanto à idoneidade de um candidato a fornecedor e à sua capacidade de cumprir a contento com o objeto contratual, alinhando-se ao enfoque do presente estudo.

Demais disso, invocando o acórdão nº 2.459/2013 do Tribunal de Contas da União, referido autor ainda assevera que “a realização de diligências é claramente identificada como uma prerrogativa da Administração, sendo desnecessária a previsão em edital”, devendo ela sempre buscar a ampla competitividade e a melhor proposta (TORRES, 2022, p. 357-358).

5 SUGESTÕES DE APLICAÇÃO PRÁTICA

No presente estudo, já restou demonstrado haver, na atualidade, uma subestima do risco do negócio por parte da Administração Pública nos contratos por ela firmados, notadamente no que pertine ao exame da idoneidade da contraparte e à sua real capacidade de execução do objeto pactuado.

Diante dessa lacuna, este trabalho examinou se a adoção de uma ferramenta já amplamente difundida na iniciativa privada – consistente na prática do *Know Your Customer* (KYC) previamente à assinatura dos contratos – teria o condão de minimizar determinados riscos de inexecução contratual, tendo-se, em resposta, verificado que esse instrumento de *due diligence* mostrar-se-ia interessante para o alcance de tal mister¹¹⁷, encontrando, ainda, consonância com os pilares constitucionais e legais atinentes ao assunto, em especial, com os preceitos da governança pública e com o sistema de controle expressamente abraçados pela Lei nº 14.133/2021, respectivamente, em seus arts. 11 e 169 e seguintes.

Por outro lado, não se descarta das notórias limitações de recursos humanos, materiais e financeiros que, infelizmente, constituem a realidade da maioria dos órgãos e entidades públicas no país, de quaisquer das esferas de poder, especialmente dos entes federativos menores.

A própria existência de uma atividade controladora, *de per se*, já acarreta o dispêndio de valores públicos relevantes para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo (JORDÃO, 2022, p. 35). Agregar novas iniciativas de controle implica, no mínimo, em capacitação dos servidores públicos envolvidos – senão a contratação de outros funcionários -, estabelecimento de uma nova metodologia, apresentação de sistemas informatizados muitas vezes desconhecidos, entre outros impactos e custos que a mudança de rotina costumeiramente enseja.

Tampouco se pretende, em absoluto, agregar mais um fator contributivo para a já tão criticada morosidade no serviço público. Calha lembrar que o propósito da governança não é, nem poderia ser, a criação de mais controles e de mais burocracia. Ao contrário, a governança provê formas de descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de

¹¹⁷ Conforme analisado nas seções 4.2 e 4.3 deste estudo

resultados, pois seu objetivo é a melhoria do desempenho da organização para a geração de valor. Por isso, a mera adoção burocrática de práticas, sem foco nos resultados, não conduz à boa governança e nem condiz com ela (TCU, 2020, p. 15).

Não à toa, Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 53) advertem que “se o desenho do processo licitatório não for apto a estimular a revelação das informações de modo rápido e a baixo custo, o resultado será ineficiente”. Ou seja, a eficiência dos contratos públicos está intimamente relacionada à sua celeridade e ao seu custo.

Forte nessa premissa, convém registrar que a aplicação da política do KYC por parte da Administração Pública não demandaria investimentos vultosos, mudanças estruturais no órgão ou tampouco a realização de grandes investigações que acabariam por atravancar a própria eficiência administrativa, mas se trata de uma análise um pouco mais detida sobre o fornecedor a ser contratado, implementada por meio de simples diligências, adiante sugeridas.

Ademais, não se pode negar que essa ferramenta alia-se aos escopos estipulados no Decreto nº 9.203/2017 para a atividade de controle num contexto de governança pública na Administração Pública Federal, uma vez que, a par de se prestar à mitigação de riscos, auxilia sobremaneira o controlador na salvaguarda de recursos públicos bem assim no exame da conformidade ética e finalística da contratação administrativa. Conforme ensinamentos do professor Marcos Nóbrega (2021, p. 423), “a ação do controle *ex ante*, que alguns entendem como burocrática, é na verdade um grande instrumento ‘poupador’ de custos de transação durante a fase de execução contratual”.

Dessa forma, não se trata da adoção de apenas mais uma prática para robustecer a tão mal falada burocracia no serviço público; mas, do contrário, sua aplicação contribui fortemente para a geração de valor público, na medida em que não só demonstra um maior zelo do administrador com relação aos riscos envolvidos em cada contrato, mas também contribui para um menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros na medida em que sinaliza contratações fadadas ao insucesso.

Por óbvio que a ferramenta do KYC possui suas próprias limitações, uma vez que ela se cinge a verificar tão somente as circunstâncias já conhecidas e, de certa forma, externalizadas com relação à uma determinada contraparte no negócio jurídico; isto é, ela permite acessar somente as informações que ou tenham sido apresentadas pelo pretenso fornecedor, ou constem de bancos de dados ou, ainda,

possam ser corroboradas por meio de diligências que levem em consideração os elementos aparentes, de pronta visualização.

Assim, eventuais conluíus entre os gestores públicos e os candidatos a fornecedores – os quais, via de regra, são realizados entre quatro paredes e cercados do máximo de cuidados para minimizar eventuais rastros deixados -, se não estiverem manifestados por meio de sinais visíveis, podem não ser captados em uma prática de KYC. Daí porque a realização desse *due diligence* preventivo em um contrato público não afasta outras formas de controle que detenham instrumentos mais hábeis e eficazes para um exame mais acurado e profundo sobre as reais motivações e circunstâncias que embasaram uma contratação pública, a exemplo de auditorias, sindicâncias e investigações policiais.

Nada obstante, não se pode negar que a ferramenta de *compliance* público ora estudada atua como um filtro de blindagem, embora não perfeito, para Administração Pública com relação a contratos com alta probabilidade de inexecução.

5.1 Como fazer o KYC no serviço público federal brasileiro?

De início, convém relembrar que o presente estudo tem por recorte a Administração Pública federal, razão pela qual se centrou na legislação pertinente ao tema aplicável ao serviço público federal brasileiro, especialmente nas disposições do Decreto nº 9.203/2017 e da Lei nº 14.133/2021.

Ocorre que este último normativo também entabula normas gerais de licitações e contratos para toda a Administração Pública direta, autárquica e fundacional – seja ela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – conforme descrito em seu art. 1º, encontrando abrangência, ainda, nos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; bem assim nos fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, por forças dos incisos do mesmo dispositivo supracitado.

Diante do considerável aumento do leque de abrangência dessa lei, especialmente em comparação à legislação antecedente (Lei nº 8.666/93), a primeira preocupação a que os doutrinadores vêm se confrontando é delimitar quais regras insculpidas na Lei nº 14.133/2021 seriam consideradas normas gerais – e, portanto, de aplicação cogente a todos os entes públicos arrolados em seu art. 1º – e quais as

normas não-gerais, impasse este essencial para definir os pontos em que os Estados e Municípios teriam maior liberdade de regulação.

De particular interesse ao presente estudo, imperioso debater, de antemão, se o modelo de governança pública e o sistema de controle dividido em diversas linhas de defesa, estatuídos, respectivamente, nos artigos 11 e 169 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – sob os quais se funda, basicamente, a hipótese deduzida neste trabalho -, seriam considerados – ou não – normas gerais de licitação, a fim de aferir a repercussão desses comandos aos demais entes federados.

Nesse quadrante, Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 52-53), após exemplificar algumas normas materiais de cunho nitidamente geral – a exemplo da criação de modalidades licitatórias, regras de restrição à participação na licitação, parâmetros gerais de habilitação, critérios de adjudicação, exceções à obrigatoriedade de licitar, criação de sanções administrativas, hipóteses de dispensas de licitação – defende que, diante de eventual lacuna, mais cauteloso seria compreender as demais normas como materialmente não gerais (específicas), resguardando, assim, a autonomia legislativa dos demais entes da federação.

Sustenta esse argumento com base em precedente da Corte Suprema, firmado na ADI 3059, alinhando-se ao voto prolatado pelo Ministro Fux, para quem,

“o conceito de ‘norma geral’ é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo”. Esse dilema, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, deve ser compreendido com respeito à opção constitucional de federalismo, resguardando o espectro de atuação legislativa pelas demais esferas federalistas, para tratar do tema. Assim, qualquer leitura exagerada do conceito constitucional de norma geral “milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo (TORRES, 2022, p. 53).

Nessa mesma linha de raciocínio professa Marçal Justen Filho (2021, p. 21), para quem não se incluem no âmbito de normas gerais – sob pena de ofensa ao federalismo expressamente albergado pela Constituição Federal – todas as regras de organização, funcionamento e competências dos organismos administrativos locais, dentre as quais indubitavelmente se inserem o modelo adotado de gestão pública e os sistemas de controle interno.

Corroborando esse entendimento, relembre-se que o modelo de governança pública foi adotado no âmbito do Poder Executivo da União por meio do

Decreto nº 9.203/2017, o qual, conforme expressamente estabelecido em seu preâmbulo, trata-se de um decreto autônomo - estatuído com base no art. 84, VI, a, CF – possuindo, pois, âmbito de abrangência restrito à Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, consoante, aliás, explicitado no artigo 1º daquele normativo.

Dessa forma, sobreleva registrar que, para a sugestão de diligências de KYC a seguir delineadas, foram levados em consideração tão somente os fundamentos legais aplicáveis à administração pública federal, seja ela direta, autárquica e fundacional.

Inclusive, tendo em vista o potencial de a presente pesquisa científica sobrepujar o âmbito meramente acadêmico, ousou-se apresentar como anexo uma minuta de decreto presidencial autônomo disciplinando a adoção de um *due diligence* preventivo e obrigatório nos contratos e convênios públicos firmados pelos órgãos integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; nada obstando, entretanto, que outros entes federativos que eventualmente tenham abraçado uma política de governança pública alinhada com o modelo de Administração Pública gerencial, e tenham se interessado pela proposta ora estudada, possam reproduzir as diligências sugeridas no âmbito de suas respectivas competências normativas.

Feitas essas explanações iniciais, importante rememorar – consoante já delineado neste trabalho¹¹⁸ - que a ferramenta do KYC geralmente é efetivada por meio de algumas etapas, sempre visando coletar a maior quantidade de informações possíveis sobre o parceiro comercial com quem se pretende transacionar, não se limitando apenas a dados superficiais, mas buscando conhecê-lo de modo mais detalhado, permitindo, assim, esboçar um cenário razoável acerca não somente de suas expertises, mas também de suas vulnerabilidades, principalmente no que pertine a todos os tipos de riscos que sua eventual contratação possa acarretar ao ente público, sejam eles operacionais, de imagem, legais ou financeiros.

Forte nessa premissa, à semelhança do que sói ocorrer nos processos de KYC realizados pela iniciativa privada, uma das primeiras etapas envolve a coleta de dados básicos a serem prestados diretamente por parte de cada fornecedor interessado em contratar com a Administração Pública.

¹¹⁸ Vide seção 3.2 “A prática do *Know Your Customer (KYC)*”

A ideia que subjaz a essa fase é viabilizar a realização de uma triagem preliminar de potenciais fornecedores que não se enquadrem nos parâmetros de riscos aceitáveis previamente definidos no planejamento estratégico do ente público. Trata-se, em verdade, de um instituto tomado por empréstimo da microeconomia como estratégia de redução de assimetria de informação denominado *screening*, no qual, nas lições de Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 106-107):

[...] o agente com menos informações (*screener*) busca obter mais *insights* ou conhecimento sobre as informações privadas que o outro agente econômico possui e que é inicialmente desconhecido para o rastreador antes de que a transação ocorra. Ao coletar essas informações, a assimetria das informações entre os dois agentes é reduzida, o que significa que o agente de triagem pode, então, tomar decisões mais informadas ao participar da transação [grifos originais].

No caso vertente, o mecanismo do *screening* poderia ser efetivado nas contratações públicas a partir da necessidade de preenchimento de um formulário padrão, preferencialmente disponível *online* e em formato digital, a demonstrar o amplo acesso a todos os interessados, indistintamente, além de permitir a auditabilidade dos referidos dados, incluindo dia, hora e o IP que os inseriu.

À mera guisa de exemplo, referido formulário poderia requerer, em caso de fornecedor pessoa física, o seu nome completo e nome social; data de nascimento; CPF e RG; filiação; domicílio atual e dos últimos cinco anos; escolaridade; renda média mensal; registro na entidade de classe competente, quando for o caso; razão social/nome fantasia e CNPJ das empresas cujo quadro societário ou diretoria integre ou já tenha integrado, ou que figure ou tenha figurado como procurador; estado civil; se se enquadra como Pessoa Politicamente Exposta (PEP)¹¹⁹ ou seu parente consanguíneo ou afim até o 2º grau¹²⁰; se responde ou já respondeu a processo criminal ou administrativo (inclusive de improbidade administrativa) ou já foi preso, indicando os delitos que lhe foram imputados bem assim a órgão onde tramita/tramitou o processo.

¹¹⁹ Atualmente, as pessoas consideradas politicamente expostas estão regulamentadas na Resolução nº 40 do COAF, de 22 de novembro de 2021. Vale salientar que, nos termos do art. 1º, §6º deste instrumento normativo, a condição de pessoa politicamente exposta perdura não apenas durante o exercício do cargo ou função pública ali designadas, mas se estende pelos cinco anos seguintes contados da data em que a pessoa deixou de exercê-lo.

¹²⁰ Vale salientar que este é o grau de parentesco exigido pelo COAF na Resolução nº 40, de 22 de novembro de 2021, em seu art. 2º, §1º.

Já no caso de fornecedor pessoa jurídica, o formulário padrão poderia demandar os dados da razão social do fornecedor; seu CNPJ; nome fantasia; data de constituição; seu domicílio atual e dos últimos cinco anos; data em que passou a funcionar no último domicílio; seu CNAE¹²¹ primário e secundários; prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver; seu capital social; quantidade de empregados atual; telefone, e-mail e outros meios de contato; balanço patrimonial e demonstrativos contábeis; dados (razão social e CNPJ) de empresas do mesmo conglomerado econômico; se já respondeu ação de improbidade administrativa; exigindo, outrossim, dos sócios, diretores e procuradores da potencial fornecedora os mesmos dados solicitados para os candidatos pessoas físicas acima destacados.

É de fundamental importância que os dados solicitados não se restrinjam apenas à situação atual do fornecedor em potencial, mas permitam um exame de seu histórico de expertise com o objeto contratual e de forma a aferir verdadeiro *background check* acerca de sua idoneidade e de seus sócios, daí o motivo de se ter sugerido no presente *screening* que o formulário contemplasse também informações relevantes acerca dos últimos cinco anos do interessado.

De igual pertinência, ainda, que o sistema eletrônico onde se albergará o referido formulário padrão preveja a possibilidade de inserção (*upload*) de documentos comprobatórios dos dados ali preenchidos, dentre os quais cópia do RG, CPF/CNPJ, comprovante de endereço, o contrato social e demais alterações da empresa, eventual histórico empregatício do fornecedor; comprovante de casamento ou de união estável. Nesse mesmo diapasão, o candidato interessado poderá incluir no sistema eventuais licenças ou certificações que demonstrem sua regularidade e aptidão para o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade.

Convém ponderar que, por meio do *screening* alargado ora sugerido, a Administração Pública já pode realizar uma triagem prévia dos pretensos fornecedores, seja com relação aos riscos que possam comprometer o sucesso da

¹²¹ CNAE é a sigla de Classificação Nacional de Atividades Econômicas, aplicada a todos os agentes econômicos que estão engajados na produção de bens e serviços, podendo compreender estabelecimentos de empresas privadas ou públicas, estabelecimentos agrícolas, organismos públicos e privados, instituições sem fins lucrativos e agentes autônomos (pessoa física). A classificação das atividades econômicas é dividida em cinco níveis hierárquicos (seção, divisão, grupo, classe e subclasse) e tem o condão de identificar quais as atividades econômicas exercidas por uma empresa.

licitação e a boa execução contratual, mas também já permite averiguar eventual existência dos impedimentos estipulados no art. 14 da Lei nº 14.133/2021¹²².

Por outro lado, vale salientar que, felizmente, essa etapa do KYC já se revela uma prática bastante corriqueira na Administração Pública, existindo na atualidade diversos entes – dos mais variados níveis: federal, estadual e municipal – que adotam um sistema próprio de cadastro de fornecedores o qual constitui, de outra banda, requisito *sine qua non* para a participação dos mesmos nos procedimentos licitatórios por eles promovidos, inclusive de dispensa e inexigibilidade.

Nesse contexto, considerando que o presente estudo tem por recorte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional a nível federal¹²³, cumpre asseverar que desde o ano de 2001¹²⁴ foi instituído naquele âmbito o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), o qual, desde junho de 2018, o tornou-se integralmente eletrônico¹²⁵.

Imperioso agregar, contudo, que os dados necessários para o credenciamento no SICAF não contemplam atualmente o mesmo nível de

¹²² Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

- I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;
- II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;
- III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;
- IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;
- V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
- VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

¹²³ Consoante enfatizado por ocasião da introdução deste trabalho

¹²⁴ O registro cadastral dos fornecedores do Poder Executivo Federal foi estabelecido no Decreto nº 3.722, de 9 de janeiro de 2001, conforme Manual do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores- SICAF. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/manual-fase-externa/manual-sicaf/manual-normativo-sicaf.pdf>. Acesso em 22 mai. 2024.

¹²⁵ Por meio da Instrução Normativa nº 03, de 26 de abril de 2018, do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em: <https://antigo.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/911-in-sicaf>. Acesso em 22 mai. 2024.

detalhamento sugerido neste trabalho, limitando-se a exigir basicamente os documentos de habilitação jurídica, técnica e de regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista estipulados na antiga Lei nº 8.666/93, os quais, como já fartamente enunciado, não propiciam um exame a contento acerca dos riscos de ineficiência contratual por parte do fornecedor ou sequer de sua idoneidade. Em outras palavras, acredita-se persistir, na atualidade, um subaproveitamento desse importante instrumento.

A esse respeito, Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 107) alertam com bastante propriedade que “a eficiência do mecanismo de *screening* depende da estratégia de induzir a parte que possui maior informação de externizá-las, em favorecimento à outra parte”. Quanto a esse aspecto, não se pode perder de vista que o poder de compra da Administração Pública – o qual viabiliza, inclusive, o atingimento de objetivos metacontratuais, conforme enfatizado no início deste capítulo – representa um forte elemento de instigação a uma ação colaborativa por parte de todos aqueles que desejem com ela pactuar.

De outra banda, relembre-se¹²⁶ que nesta etapa do KYC vige o regramento da transparência total (*full disclosure*) por parte de quem esteja verdadeiramente interessado em transacionar com a Administração Pública. É dizer, se uma determinada pessoa física ou jurídica deseja contratar com a Administração Pública, e nada tendo ela a ocultar, é de seu total interesse contribuir com esta, concedendo todas as informações entendidas como necessárias para se avaliar suficientemente as oportunidades e vicissitudes atreladas ao negócio.

É importante ressaltar, no entanto, que o Tribunal de Contas da União já firmou posicionamento, em diversas oportunidades¹²⁷, no sentido de vedar a exigência de prévia inscrição em cadastro de fornecedores como condição de habilitação em

¹²⁶ Vide a seção 3.2 deste trabalho

¹²⁷ Nesse contexto, vide o Acórdão 185/2003 – Primeira Câmara (“Os instrumentos convocatórios das licitações públicas não devem incluir, como condição de participação e habilitação, exigência de que o interessado seja cadastrado ou habilitado parcialmente no SICAF.”), Acórdão 1746/2009 – Plenário (“É indevida a exigência de prévio cadastramento no SICAF como condição de habilitação em processo licitatório, uma vez que pode caracterizar restrição ao caráter competitivo do certame.”); Acórdão 330/2010 (“Os editais de licitação não devem incluir dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no SICAF, por falta de amparo legal para tal exigência”); Acórdão 313/2021 – Plenário (“É ilegal a exigência de cadastramento prévio no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) como condição para participar de procedimento licitatório na modalidade concorrência, por não haver amparo na Lei 8.666/1993”),

processo licitatório, tendo, inclusive, sumulado esse entendimento por meio do Enunciado nº 274¹²⁸.

Por outro lado, segundo a mesma Corte de Contas, nada obsta que o registro cadastral no sistema de fornecedores específico do órgão possa ser utilizado em substituição à exigência legal de habilitação dos certamistas, conforme, aliás, já assentado pelo plenário do mesmo tribunal no Acórdão 199/2016, assim ementado:

O gestor público deve facultar aos licitantes a possibilidade de sua habilitação no certame ser aferida por meio do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). No entanto, o cadastro no referido sistema não é condição necessária à habilitação em processo licitatório (Súmula TCU 274).

Denotam-se, assim, diversas vantagens para as empresas interessadas em contratar com o Poder Público aderirem ao prévio cadastramento no sistema de fornecedores, revelando, por outro lado, que o mecanismo de *screening* se afigura o momento propício para o ente público interessado em contratar determinada mercadoria ou serviço coletar a maior quantidade de dados possíveis acerca de seu pretenso fornecedor, inclusive com relação aos riscos que sua eventual contratação possa ensejar.

É imperativo, de outra banda, conferir um prazo de validade aos dados insertos numa modelagem de *screening*, uma vez que eles devem representar a situação do fornecedor no momento do preenchimento do formulário padrão, sendo certo que os mesmos não necessariamente perdurarão imutáveis ao longo do tempo, diante até mesmo da própria volatilidade do mercado econômico. Nesse contexto, à guisa de exemplificação, tenha-se que o registro cadastral no SICAF é válido pelo prazo de um ano, podendo ser renovado por igual período¹²⁹.

Pois bem. Esses dados previamente disponibilizados pelo próprio candidato a fornecedor durante o preenchimento desse formulário padrão são de grande valia para um posterior cotejo, durante um procedimento de KYC, a fim de aferir sua legitimidade. Esse confronto pode se dar por meio de busca em bases de

¹²⁸ SÚMULA TCU 274: “É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF para efeito de habilitação em licitação.” (Acórdão 1315/2012-Plenário. Relator: José Múcio Monteiro)

¹²⁹ Manual do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores- SICAF. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/manual-fase-externa/manual-sicaf/manual-normativo-sicaf.pdf>. Acesso em 22 mai. 2024.

dados oficiais, sendo certo que uma maior quantidade de bancos de dados consultados permitirá obter um cenário mais preciso acerca da veracidade das informações constantes do formulário padrão.

Forte nessa premissa, é importante considerar que, diante do princípio da transparência, uma parcela considerável dessas bases de dados atualmente é de acesso público e gratuito, fator deveras relevante notadamente ao se ter em conta as restrições financeiras e orçamentárias que assolam a maior parte dos entes federativos.

Demais disso, nada obsta que sejam travados acordos de cooperação técnica entre o órgão público gestor de um banco de dados oficial e aquele outro que deseja acessá-lo, os quais igualmente não envolvem, na maior parte das vezes, dispêndio de recursos públicos.

Nesse contexto, mais uma vez calha agregar a lição de Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 35) no sentido de que “o acervo de informações é um ativo que a pessoa pode usar em seu benefício nas suas decisões”, o que é igualmente válido para o Poder Público, de forma que todo ente público acumula informações próprias, lastreadas, por exemplo, nos serviços públicos que presta ou nos impostos e taxas que arrecada, sendo que o intercâmbio desses acervos – ou, ao menos, de parte deles – pode se mostrar um fator interessante para estimular a assinatura de acordos de cooperação técnica concedendo acesso mútuo às respectivas bases de dados.

A par de alternativas gratuitas, existem ainda bases de dados pagas, mas que se mostram extremamente relevantes para um procedimento de KYC, a exemplo daquelas disponíveis pelos órgãos de proteção ao crédito e de restrição cadastral (a exemplo de SPC, SERASA, eventuais protestos).

Outra importante fonte de pesquisa para o KYC consiste na busca de processos judiciais – principalmente de natureza cível, trabalhista, tributária e previdenciária – especialmente aqueles em que o concorrente habilitado ou seus responsáveis figurem como réus, de maneira a permitir um maior conhecimento sobre o seu histórico em relações negociais e impositivas, bem como sobre eventuais impactos financeiros em caso de condenação na lide.

Também a busca por processos criminais dos sócios (de direito e de fato) e representantes do pretenso fornecedor pode revelar uma boa base sobre sua conduta social e seus antecedentes, sendo de especial interesse para o *compliance*

público os processos relacionados a crimes contra a Administração Pública e lavagem de dinheiro.

Da mesma forma, pesquisas nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Contas da União e do respectivo Estado podem nortear o órgão contratante acerca dos indícios de irregularidades detectados nos procedimentos administrativos de suas alçadas.

Procuras em fontes abertas (*internet*), particularmente em *sites* de buscas¹³⁰, demonstram-se importante ferramenta para a coleta de elementos em um procedimento de KYC, uma vez que viabiliza, de forma célere, uma plêiade de informações acerca do ente pesquisado, dentre as quais, se o fornecedor possui uma *homepage* (constituindo mais um indicativo de seu funcionamento), outros contratos públicos que ele já tenha firmado, além de trazer notícias relevantes a seu respeito. Com relação a esse último ponto, contudo, é de curial importância que esses dados sejam avaliados com a devida parcimônia, uma vez que podem afetar positiva ou negativamente a sua imagem, e inexistente, de outra banda, qualquer controle prévio – e, muitas vezes, sequer póstumo – acerca da veracidade de todo o conteúdo encontrado na *internet*, em particular, na *world wide web* (*www*), que costuma ser a rede mundial de computadores mais popularmente acessada, não sendo raras as incidências de *fake news*¹³¹ ou de notícias ali colocadas sem qualquer averiguação.

Além de todo esse arcabouço instrumental, vale salientar que atualmente já estão sendo oferecidos no mercado diversos *softwares* que realizam consultas simultâneas a inúmeros bancos de dados e de *background check* – mediante o pagamento de valores considerados até mesmo irrisórios para a Administração Pública – os quais apresentam, em poucos instantes, a resposta compilada num dossiê, viabilizando, assim, o rápido confronto com as informações providas pelo pretendo fornecedor a fim de confirmar a veracidade das mesmas.

Agregue-se, ainda, que, em caso de dissonância de informações, nada obsta que a Administração Pública solicite manifestação do candidato a fornecedor,

¹³⁰ A exemplo do Google, Bing, Yahoo!, entre outros.

¹³¹ Existem, atualmente, diversos projetos de lei em tramitação nas Casas Legislativas tratando do tema das *fake News*, contudo, o que se encontra em estágio mais avançado é o PL nº 2.630/2020, que visa criar a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, também conhecida como Lei das Fake News. Referido projeto de lei define, em seu art. 4º, inc. II, a desinformação como o “conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia”.

conforme preceitua o art. 64 da Lei nº 14.133/2021¹³², oportunizando-lhe, dessa forma, o contraditório.

Aliás, ainda a esse respeito, é igualmente possível – senão recomendável – que os servidores públicos encarregados do cotejo e da análise dos dados apresentados pelos pretendos fornecedores realizem, sempre que julgarem conveniente, diligências outras com o intuito de coletar um acervo de informações suficientes para formar um juízo razoável de convicção quanto aos riscos envolvidos em sua contratação.

É com este esboço, por exemplo, que se sugere a busca, em *sites* geoespaciais ou de georreferenciamento por satélites¹³³, de imagens panorâmicas do domicílio indicado pelo fornecedor em seu cadastro a fim de verificar indícios de efetivo funcionamento da empresa no local. A mesma providência mostra-se relevante quanto ao domicílio dos sócios da empresa, o que poderia demonstrar sinais exteriores de incompatibilidade entre o montante de capital supostamente aportado na sociedade e o seu real padrão de vida, a indicar tratar-se possivelmente de interposta pessoa.

Contudo, sobreleva notar que nem sempre essas imagens estão atualizadas, cabendo conferir uma especial atenção para a data em que as mesmas tenham sido captadas pelo satélite.

De toda sorte, ainda subsistindo dúvidas quanto à existência ou funcionamento do pretense fornecedor ou à efetiva titularidade de seus sócios, nada obsta que os servidores encarregados do procedimento de KYC possam realizar diligências *in loco* em seus domicílios, inclusive, se necessário, entrevistando a vizinhança, a fim de espargir quaisquer névoas todavia remanescentes.

¹³² Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

¹³³ A exemplo do Google Street View, Google Maps, Bing Maps, entre outros.

Fato é que todas as providências adotadas em sede de KYC devem ser sintetizadas pelo funcionário público responsável num documento, a ser por ele assinado, compilando os resultados dos bancos de dados e *sites* consultados, eventuais divergências de dados constatadas, informações adicionais solicitadas ao licitante e outras diligências porventura realizadas, onde ele analisará, diante dos elementos coletados, os riscos atrelados ao fornecedor habilitado no que respeita sua idoneidade e à inexecução contratual.

Nesse diapasão, imperioso ponderar a necessidade de serem analisados os riscos específicos em cada caso concreto, devendo, por conseguinte, ser evitados exames generalizados e dissociados do objeto contratual. À mera guisa de exemplificação, a depender do objeto contratado, será indiferente para a execução contratual o fato de uma empresa não possuir empregados cadastrados em sua relação trabalhista ou, outro exemplo, ter domicílio em um escritório compartilhado (*coworking*).

Dito de outra forma, se no curso de um procedimento de KYC forem encontradas determinadas informações acerca do fornecedor habilitado que sinalizem alertas (*red flags*), isso não necessariamente irá militar contrariamente à sua contratação, devendo ser sopesado, caso a caso, o impacto desses fatores no adimplemento do contrato *sub examine*.

De toda sorte, insta reiterar¹³⁴ que esse documento compilatório do KYC teria cunho meramente opinativo e auxiliar, cabendo ao gestor do órgão a tomada final de decisão acerca da contratação – ou não – do fornecedor em questão.

5.2 Qual o momento propício para fazer o KYC?

Já se mencionou outrora¹³⁵ que as diligências de KYC deveriam ser implementadas pelos órgãos públicos preferencialmente antes da assinatura do contrato administrativo, uma vez que se trata de uma ferramenta de controle *ex ante*, de cunho nitidamente preventivo, que se presta justamente a viabilizar uma análise mais efetiva acerca dos riscos de fraudes e de inexecução contratual, auxiliando na tomada de decisão acerca da contratação de um determinado fornecedor, ou não.

¹³⁴ Conforme mencionado na seção 3.1 do presente estudo

¹³⁵ Vide seção 4.2 do presente trabalho

De outro giro, já se asseverou que o KYC teria por propósito justamente, ao ver deste estudo, suprir – ou melhor, minimizar – algumas lacunas não devidamente alcançadas pelas condições de habilitação positivadas na Lei nº 14.133/2021 quanto aos riscos de inexecução contratual ou de contratação de um parceiro inidôneo.

É que, segundo a disposição do art. 60 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, “a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação”, compreendendo uma análise de sua aptidão sob o ponto de vista jurídico, técnico, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeiro. Citando o magistério de Renato Geraldo Mendes, Ronny Charles Lopes de Torres (2022, p. 367) esclarece que esta fase da licitação tem por finalidade “aferir as condições pessoais dos interessados em contratar com a Administração, na qual se verifica se estes reúnem condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras de executar o objeto pretendido”.

Ocorre que, consoante já exaustivamente enfatizado neste estudo, acredita-se que as informações e documentos requestados dos licitantes - reproduzidos, em sua integralidade, da antiga Lei nº 8.666/93 – não sejam satisfatórios o bastante para lograr o escopo destacado pelo legislador para esta fase do certame, qual seja, “a determinação da idoneidade e da capacidade do licitante” (TORRES, 2022, p. 367).

Como visto, o KYC se trata de uma ferramenta para coleta de mais informações a respeito do fornecedor a ser contratado, munindo o gestor público – responsável pela tomada de decisão sobre o andamento da contratação, ou não – com elementos mais robustos acerca de alguns riscos que podem eventualmente ser enfrentados a partir da assinatura do contrato com o referido prestador.

Dessa forma, não pairam dúvidas de que o processo de KYC seria uma etapa acessória e mesmo complementar à fase de habilitação, razão pela qual se acredita que o momento ideal e oportuno para a realização de um procedimento de *due diligence* seja logo após a etapa de habilitação, e antes da assinatura do contrato administrativo.

De outra banda, essa prática recairia, *a priori*, apenas sobre o fornecedor habilitado, vale dizer, aquele que teria apresentado a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e não sobre todos os participantes do certame, contribuindo,

assim, para almejada celeridade na conclusão do procedimento, sem descurar dos propósitos da atividade de controle em uma gestão pautada na governança pública, notadamente no que pertine à mitigação de riscos, ao exame da conformidade legal – especialmente a conformação ética e a finalística – e à salvaguarda de recursos públicos¹³⁶.

Consoante já exposto na seção 4.1 deste estudo, os agentes de licitação e demais servidores envolvidos na fase pré-contratual – inclusive os responsáveis por examinar os requisitos de habilitação – integram a denominada primeira linha de defesa dos contratos administrativos, conforme sistema de controle abraçado pela Lei nº 14.133/2021. Ademais, conforme outrora consignado¹³⁷, por estarem eles mais próximos das atividades corriqueiras da organização, detêm, por esse mesmo motivo, maior capacidade de identificação dos problemas e de implementar medidas visando saná-los.

É importante notar, de outro lado, que inclusive nos procedimentos de contratação direta, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, não fica necessariamente elidida a realização de prévia análise dos riscos atrelados ao fornecedor a ser contratado; mas, do contrário, é justamente nesses casos, onde há menor controle social - ao menos com relação ao controle exercido pelos demais competidores de um certame - em que se verifica maior risco de fraude e inexecução contratual.

Por isso que, nessas situações excepcionais de contratação direta, há que se distinguir os casos que demandam uma maior celeridade para conclusão do negócio jurídico, daqueles em que tais fatores inexistem. Daí porque se afigura razoável que, somente quando houver emergência para a contratação de determinado produto ou serviço¹³⁸, de modo que a realização de um procedimento de KYC na fase pré-contratual colocasse em risco a própria satisfação do interesse público *in casu*, tal

¹³⁶ Cumpre relembrar que os propósitos legais da atividade controle estatuidos no Decreto nº 9.203/2017 já foram abordados na subseção 2.2.3 do presente estudo

¹³⁷ Seção 4.1 deste estudo

¹³⁸ Hipótese estabelecida no art. 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021 (VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso).

prática possa ser postergada para após a assinatura do contrato, mediante ato devidamente fundamentado do gestor público. Não se pode perder de mente que o propósito principal dessa ferramenta é mitigar os riscos, e não incrementá-los.

Importante aclarar, contudo, que a sugestão ora posta é de postergação da prática do KYC nessas hipóteses excepcionais, e não de sua supressão, de maneira a não impedir a assinatura do contrato e sua imediata execução. Nada obstante, recomenda-se realizá-la com a maior brevidade; se possível, logo após a assinatura do contrato, de maneira a munir, com a maior presteza, o gestor público de informações quanto aos riscos envolvidos na referida contratação, podendo assim adotar de forma tempestiva eventuais medidas a mitigá-los.

6 CONCLUSÃO: ALGUNS IMPACTOS SOCIAIS DA PRESENTE PESQUISA

Em sua obra “Compreendendo o impacto social da pesquisa”, Giovanna Lima (2022) dissecou as diferentes consequências que uma pesquisa científica tem o condão de ensejar na sociedade em que está inserida para além do ambiente acadêmico, podendo gerar reflexos no âmbito da economia, cultura, políticas públicas ou serviços, saúde, meio ambiente ou qualidade de vida, revelando, assim, a importância de se atentar para o que se denominou de “impactos sociais da pesquisa”.

Vale salientar que essa preocupação não é recente, já se tendo notícia de relatórios publicados desde 1945 com tal inquietação¹³⁹, a qual, contudo, vem emergindo na década de 60 a partir da publicação da obra “A estrutura das Revoluções Científicas”, de Thomas S. Kuhn, passando, no entanto, a ganhar notoriedade com a denominada “A Guerra das Ciências” (*Science Wars*)¹⁴⁰. Esse episódio resultou na desnaturalização da ciência como um espaço de neutralidade, afastada de qualquer contaminação social, vale dizer, como a busca do conhecimento que se encerra em si mesma, dissociada, pois, dos problemas socioambientais de sua época; cedendo, de outra banda, a um clamor social que a vislumbrava como um espaço para construção de novas compreensões sobre o passado e o presente, além de auxiliar na formação de um pensamento sobre novos futuros possíveis (ALPERSTEDT; ANDION, 2017). Em outras palavras, houve uma transformação radical no entendimento político com relação ao processo científico e suas alterações e influências no mundo contemporâneo, devendo a produção científica, assim, considerar os resultados práticos em suas atividades, contribuindo efetivamente para atender as demandas da sociedade.

Desse modo, o impacto social da pesquisa relaciona-se com a utilização instrumental (mudança de comportamentos embasada em resultados obtidos em um

¹³⁹ A exemplo do relatório *Science, The endless frontier*, de Vannevar Bush, o qual conectou a pesquisa a seu impacto econômico e a um propósito de responder aos anseios da população (BUSH, V. *Science, the endless frontier. A Report to the President by Vannevar Bush, Director of the Office of Scientific Research and Development*, July 1945 - United States Government Printing Office, Washington: 1945 *apud* LIMA, G. 2022).

¹⁴⁰ A “Guerra das Ciências” (*Science Wars*) consistiu, em apertada síntese, numa série de publicações de artigos, réplicas e tréplicas, livros e revistas – iniciadas a partir da década de 70 e acirradas nos anos 90 - que marcam um conjunto de disputas acadêmicas em torno da natureza da ciência e seu propósito, tendo como opositores, de um lado, os defensores do mononaturalismo, vale dizer, a publicação de artigos científicos circunscritos à própria ciência; e de outro, do multiculturalismo, o qual estabelece um novo modo de produção de conhecimento, conectando-o com suas aplicações práticas .

trabalho acadêmico) e conceitual (promovendo mudanças mais consistentes, modificando a própria forma de pensar da sociedade) de um conhecimento produzido. É dizer: a pesquisa científica gera conhecimento capaz de transformar as pessoas - que são seres políticos – e estas, por seu turno, transformam o mundo, vencendo desafios reais ao colocar em prática o conhecimento obtido.

É por isso que, na atualidade, cada vez mais as universidades estão sendo conclamadas não apenas a orientar os cientistas a elaborarem suas pesquisas voltadas à resolução de anseios sociais – sendo necessária, para tanto, maior interação com a sociedade, empresas e governo -, mas também a avaliar os impactos sociais das respectivas produções científicas, sejam eles positivos ou negativos (WOOD JR; WILDER, 2023, p. 2).

Demais disso, as instituições de pesquisa são estimuladas também a promoverem os chamados “caminhos para os impactos” (*pathways to impacts*), os quais consistem em iniciativas relacionadas à comunicação, cocriação, disseminação e exploração de uma pesquisa científica (LIMA, G., 2022), de maneira a transcender a sua dimensão puramente acadêmica, enfatizando o diálogo com os atores externos interessados na pesquisa (WOOD JR; WILDER, 2023, p. 3) e auxiliando, assim, na realização dos efeitos positivos que o estudo acadêmico procurou conhecer ou na prevenção de seus impactos negativos.

Firme nessa premissa, o presente estudo pretende contribuir positivamente para a sociedade, buscando agregar-lhe valor público efetivo na medida em que se presta a aprimorar os mecanismos de controle especialmente relacionados à preservação da integridade e ética nos contratos públicos e à prevenção de fraudes e riscos de inexecução contratual, que são fatores bastante caros numa modelagem de governança pública.

Nesse sentido, aliás, além de se ter exposto sugestões de diligências práticas para viabilizar a implementação de um *due diligence* preventivo nos contratos públicos¹⁴¹, optou-se por apresentar em anexo a este trabalho uma minuta de decreto autônomo do Poder Executivo Federal disciplinando a prática do KYC, tornando-a obrigatória a todos os entes e órgãos integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

¹⁴¹ Conforme descrito na seção 5.1.

Dessa forma, se o presente estudo lograr, ao menos, incutir nos servidores e gestores públicos encarregados da primeira linha de defesa dos contratos administrativos o mesmo dever de zelo e cura com a coisa pública que costumeiramente dedicam nos cuidados de suas despesas e investimentos pessoais – promovendo diligências efetivas com vistas a conhecer melhor sua contraparte no negócio jurídico e buscando verdadeiramente identificar os riscos reais de inexecução contratual quanto a este ponto – já será consagrado exitoso, uma vez que seguramente evitará uma plêiade de contratos públicos fadados ao insucesso, mas que, infelizmente, ainda constituem uma triste realidade que assola todas as esferas administrativas.

De outra banda, cumpre rememorar que essa atuação administrativa mais diligente seguramente servirá como ambiente de desestímulo para a participação em certames públicos de licitantes que não se encontrem em consonância com os pilares de integridade, contribuindo, desse modo, conforme já exposto¹⁴², para a minimização da problemática da seleção adversa.

Observa-se, assim, o efeito bilateral da ferramenta de *due diligence* preventivo ora proposta, seja promovendo mudanças na Administração Pública, seja no seio social.

Ainda com o propósito de encerrar um impacto social positivo para a presente pesquisa científica, convém examinar em que medida a proposta ora encampada auxilia na construção de um pensamento sobre o futuro do controle dos contratos administrativos. Vale dizer, para além de se preocupar com desafios atuais a serem superados em curto prazo, a excelência de um trabalho de pesquisa se traduz ainda na possibilidade de ele contribuir para a promoção das mudanças necessárias a fim de encarar os desafios passados como degraus para alavancar o futuro. O progresso do conhecimento depende, sobretudo, da renovação do pensamento cristalizado por meio da ousadia de se pensar diferente.

Num momento em que a sociedade clama pela modernização da gestão pública, buscando soluções inovadoras para antigos problemas, não se pode negar que o controle da Administração Pública é compreendido como um fator de resistência para a adoção de novos projetos por parte dos gestores públicos, que preferem

¹⁴² O tema foi explorado na seção 4.2 do presente estudo.

assumir posturas cautelosas em virtude das severas condições impostas pelos controladores.

Segundo o magistério de Eduardo Jordão (2022, p. 21-22), trata-se do fenômeno da ossificação administrativa (*analysis paralysis*), em que o administrador se vê assombrado pelo controlador diante do consagrado “direito administrativo do inimigo”, prejudicando, com isso, a adoção de “soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público”. Nessa mesma linha, Edilson Nobre (2019, p. 33) critica o que denominou de “excessivo culto formalista aliado a uma doentia presunção de desonestidade” por parte dos controladores, o que acaba por ensejar um quadro de “asfixia burocrática”.

Com base nessas ponderações, e urgindo a necessidade de se superar a tão enraizada associação dos ideais de burocracia e morosidade à atuação administrativa, acredita-se que o futuro da atividade de controle será marcado por uma orientação extremamente pragmática e realista (JORDÃO, 2022, p. 96), que busque conferir agilidade ao agir do administrador, e não engessá-lo. As próprias alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovidas pela Lei nº 13.655/2018, em especial aquelas relacionadas à interpretação e aplicação do Direito Administrativo¹⁴³, já anunciam a positivação dessa tendência em nosso ordenamento jurídico.

Na esteira dessa verve prática, há algumas décadas já se vem observando uma aproximação dos estudos jurídicos com outras áreas da ciência, notadamente aquelas mais voltadas à análise da realidade social - como a economia, a ciência política e a sociologia – contribuindo, assim, para a busca de soluções de problemas jurídicos através de um enfoque multidisciplinar. Nesse contexto, exsurge a singular relevância da Análise Econômica do Direito, por meio da qual são correlacionados à seara jurídica teorias e conceitos próprios do campo econômico, já encontrando, inclusive, ampla aplicação no ambiente de licitações e contratos administrativos¹⁴⁴.

¹⁴³ Nesse sentido, indica-se a leitura da obra “As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo”, do professor EDILSON NOBRE, o qual dissecou as alterações legislativas promovidas nos arts. 20 a 30 da LINDB (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: Paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019).

¹⁴⁴ A esse respeito, a aclamada obra “Análise Econômica das Licitações e Contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021”, de autoria de BRADSON CAMELO, MARCOS NÓBREGA e RONNY CHARLES DE TORRES assume caráter de ineditismo por vincular teorias próprias do mercado econômico à compreensão e estudo das licitações e contratos públicos (CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Análise

Acredita-se, pois, que esse mesmo cenário irá influenciar a atividade de controle num futuro próximo, se já não o está efetivamente influenciando na atualidade, fazendo com que razões econômicas interfiram no exercício dessa atividade. Isso porque, tal qual se sucede com a gestão pública e com a própria ciência econômica, também a atuação controladora parte de um mesmo pressuposto: a escassez de recursos.

Consoante bem explanada por Bradson, Nóbrega e Torres (2022, p. 2016), “não se pode dar as costas à realidade que se impõe com os recursos do Estado cada vez mais escassos. A escassez é o ponto central da economia. A decisão sobre como administrar recursos escassos é a base da análise econômica, da ciência econômica”. Essa mesma escassez indubitavelmente também afeta o exercício da atividade de controle, comprometendo, assim, a sua própria eficiência.

A eficiência administrativa, como se sabe, busca alcançar o máximo de resultados com o menor dispêndio de recursos possível, daí porque se entende que haver uma tendência de conjugação de esforços entre as distintas instâncias de controle visando uma melhor prestação de serviço público.

Não se está pretendo, com isso, suprimir as competências de cada órgão de controle, mas, do contrário, acredita-se que haverá um maior compartilhamento de dados entre eles, sinalizando, quiçá, para a uniformização de seus posicionamentos – contribuindo, de outro lado, para uma maior segurança jurídica em favor dos controlados.

É nesse espírito de partilha de informações que se espera que os relatórios de *due diligence* produzidos por um determinado órgão, em especial aqueles decorrentes da ferramenta de KYC, possam ser compartilhados com outros entes interessados, poupando, de um lado, trabalho, e contribuindo, de outro, para uma célere contratação, na linha do que já sói ocorrer, por exemplo, com adesões a atas de registros de preços.

Também parece já haver uma propensão futura à utilização de mecanismos de *rating* em prol da atividade administrativa. Cumpre salientar que esse conceito, já tão disseminado no universo econômico, consiste numa classificação de risco efetuada por instituições especializadas em análise de crédito, as quais atribuem

notas a um devedor de acordo com sua capacidade e disposição em honrar, de forma pontual e integral, os compromissos financeiros assumidos (DAMASCENO; ARTES; MINARDI, 2008, p. 344).

Antecipando a possibilidade de importação dessa ferramenta para a seara administrativa, Marcos Nóbrega e Diogo Jurubeba (2021, p. 25) criticaram a Nova Lei de Licitações e Contratos ao argumento de que:

[...] perdemos a oportunidade de estabelecer mecanismos de *rating* para empresas e desta forma dar uma pontuação extra para aquelas que executaram adequadamente o contrato. Nesse caso, poderiam ser considerados vários parâmetros como o [sic] análise do preço contrato *vis-à-vis* o preço final pago, ou seja, a incidência de aditivos como pontuação para aferir a eventual pontualidade na execução do objeto ou mesmo a qualidade dos bens utilizados. [grifos nossos]

Pactuando desse mesmo posicionamento, observa-se que os relatórios de KYC podem influir nessa classificação de risco dos potenciais fornecedores da Administração Pública, uma vez que eles têm justamente esse propósito, consoante demonstrado à exaustão no presente estudo.

Vale salientar que essa iniciativa auxilia na minimização da assimetria informacional nos contratos públicos, à proporção que manifesta a reputação do fornecedor – seja ela positiva ou negativa –, e, principalmente, serve como fator de estímulo ou de alerta para a continuidade do processo de contratação com o mesmo.

REFERÊNCIAS

ALPERSTEDT, Graziela Dias; ANDION, Carolina. Por uma pesquisa que faça sentido *In Revista de Administração de Empresas*. n. 57, Nov-Dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/JKzJjH9tMRZSfVZpyPJjVRy/#>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República; Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Guia da Política de Governança Pública**. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. **Cartilha de lavagem de dinheiro: um problema mundial**. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf>. Acesso em 17 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA – COAF. **Resolução nº 40, de 22 de novembro de 2021.** Dispõe sobre procedimentos a serem observados, em relação a pessoas expostas politicamente, por aqueles que se sujeitam à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Após a entrada em vigor desta resolução, fica revogada a Resolução nº 29, de 7 de dezembro de 2017, do Coaf. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-40-de-22-de-novembro-de-2021-361264576>. Acesso em 22 mai. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União - CGU. **Guia Prático de Gestão de Riscos para a integridade:** orientações para a administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884> . Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado.** Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Ministério da Economia. **Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal.** Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017.** Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a->

[informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada](#). Acesso em: 21 ago. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BITTENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2017, p. 207-226.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise Econômica das licitações e contratos**: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CARVALHO, Guilherme; CABRAL, Flávio Garcia Cabral. **Controle das contratações públicas**: diversas linhas de frente. Publicado em 3 set. 2021. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/227716/ConJur%20-%20Controle%20das%20contrata%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%BAblicas_%20diversas%20linhas%20de%20frente.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 jan. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas: 2015.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION - COSO. **Enterprise risk management: integrated framework, Executive Summary**, 2004. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf> . Acesso em: 12 nov. 2022.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. **Internal control: integrated framework**, 2013. Disponível em: <https://www.coso.org/Pages/default.aspx> . Acesso em 12 nov. 2022.

DAMASCENO, Danilo Luís; ARTES, Rinaldo; ACCIOLY FONSECA MINARDI, Andrea Maria. Determinação de rating de crédito de empresas brasileiras com a utilização de índices contábeis. *In Revista de Administração – RAUSP*, São Paulo, vol. 43,n. 4, out./dez. 2008, p. 344-355.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2ª ed. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 16 jan. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Bank Secrecy Act – Section 601.0**. Disponível em: <https://www.fdic.gov/resources/supervision-and-examinations/examination-policies-manual/section8-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. Patriot Act**. Disponível em: https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/31_CFR_Part_103_312_EDD_Rule.pdf. Acesso em: 16 jan. 2024.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. **Administração Pública Digital**: Proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade de informação. Nova Indaiatuba: Foco, 2020.

GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54-70.

GIOVANINI, Wagner. Mecanismo de Integridade ou Arma para proteção? *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-87.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA - GAFI. **Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação**: As Recomendações do GAFI. 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 6ª ed. São Paulo: IBGC, 2023.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

KIM, Shin Jae; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni e LONGO, Thaísa Toledo. Compliance em empresas estatais: padrões internacionais e legislação brasileira. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 149-192.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Giovanna. Compreendendo o impacto social da pesquisa. Publicado em 19 dez. 2022. Disponível em: https://metricas.usp.br/wp-content/uploads/2023/03/CompreendendoImpactoSocial_20221219.docx.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de *compliance* eficaz. *In* LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTERE, Victor Minervino (org). **Compliance e temas relevante de direito e**

processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LOPES, Ailson da Silva; SILVA, Nicole Fernanda Rocha. Teoria organizacional: Uma abordagem sobre a burocracia na gestão de pessoas no setor público. **Revista Valore**, Volta Redonda, 5ª ed., p. 81-89, 2020.

MACEDO, Alberto Cardoso *et al.* Aspectos gerais de *due diligence* e sua aplicabilidade. MARQUES, Luciana; CRUZ, Cristina; MARQUES, Raphaella. **Seleção de Artigos Jurídicos da ABA/RJ**, vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2023. ISBN 978655378077-4

MALARD, Neide Teresinha. **O desenvolvimento Nacional: objetivo do Estado Nacional**. Publicado em 2006. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/255/205>. Acesso em: 18 jan. 2024.

MARTINS, Fernando Medici Guerra. A CGU e o sistema brasileiro de *accountability* horizontal: incentivos, instituições e cooperação *In: Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público*, nº 17-2, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2022.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio. Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. *In: Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 130, p. 42-53, mai/ago 2014.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade – finalidade – eficiência – resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e compliance no setor público *In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção:* integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 343-369.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o dever de moralidade. *In* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo:** temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro:** Paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; TORRES, Ronny Charles Lopes. A nova lei de licitações e o controle das contratações públicas *in Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 20, n. 04. p. 19-48, out./dez. 2021.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In TIMM, Luciano Beneti (coord). **Direito e Economia no Brasil**: Estudos sobre a análise econômica do direito. Nova Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de Informação na Nova Lei de Licitações e o Problema da Seleção Adversa**. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Artigo-MN-e-PD-Direito-e-Desenv.-GP.pdf>. Acesso em 12 out. 2024.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque (coord). **Comentários à Lei n. 14.133/2021**: desafios, oportunidades e transformações das licitações e contratos administrativos. São Paulo: MP Editora, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord). **Governança, compliance e cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 327-342.

NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de Direito Administrativo**: licitação e contratos administrativos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública**. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

PALUDO, Augustinho; OLIVEIRA, Antônio (coord). **Governança Organizacional Pública e Planejamento Estratégico**. Nova Indaiatuba: Foco, 2021.

PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: Integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

REGO, Cristiane Pereira Correia. Controle nos contratos administrativos à luz do Decreto-Lei 4.657/1942-LINDB. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: temas relevantes. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 143-174.

RIBEIRO, Antônio Diniz Roldão. **Administração Pública**: modelo patrimonialista. Disponível em:

<https://administradores.com.br/artigos/administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-modelo-patrimonialista>. Acesso em: 26 ago. 2022.

ROSÁRIO, Wagner de Campos *et al.* **Controle interno para a boa governança pública.** In: XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 24 - 27 nov, 2020.

ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, Andre Gruspun (coord). **Governança Corporativa: Avanços e Retrocessos**, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. Administração Pública Brasileira: O Modelo Gerencial e as Ferramentas de Melhoria na Gestão Pública. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 03, Ed. 08, Vol. 04, pp. 69-85, Agosto de 2018. ISSN:2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/o-modelo-gerencial>. Acesso em: 05 set. 2022.

SANTOS, Thiago Carvalho. **A importância da “due diligence” no universo empresarial.** Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28806-28824-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

SCHLICKMANN, Raphael. **Administração Pública no Brasil: Gerencialismo.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/gerencialismo-administracao-publica/>. Acesso em 07 set. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Rodrigo Creliet Zambão da. A nova lei de licitações e uma premissa não destrutiva na teoria das nulidades. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: temas relevantes. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 293-298.

SILVA, Thiago Antunes da. Conceitos e Evolução da Administração Pública: O Desenvolvimento do Papel Administrativo. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO REGIONAL, VII. **Anais [...]**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2017.

SOUZA, Fernanda Nunes Lana e. *Due diligence* na contratação de terceiros: ferramenta necessária para a boa governança corporativa nas empresas privadas. In **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**. São Paulo: Pontífice Universidade Católica de São Paulo, 2021. P. 105–117. Recuperado de <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/54834>. Acesso em: 12 jan. 2024.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS - IIA (Estados Unidos da América). **Modelo das Três Linhas do IIA 2020**: Uma atualização das três linhas de defesa. [S.l.: s.n.], 2020. Disponível em <https://www.theiia.org/globalassets/documents/resources/the-iias-three-lines-model->

[an-update-of-the-three-lines-of-defense-july-2020/three-lines-model-updated-portuguese.pdf](#). Acesso em: 30 dez. 2023.

THE INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS - IFAC. **Governance in the public sector: a governing body perspective**. International public sector study nº 2001 ,13. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/en_us/biblioteca-digital/governance-in-the-public-sector-a-governing-body-perspective.htm . Acesso em: 25 abr. 2024.

THE INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS – IFAC; THE CHARTERED INSTITUTE OF PUBLIC FINANCE & ACCOUNTANCY - CIPFA. **International Framework: Good Governance in the Public Sector**, 2014. Disponível em: <https://www.ifac.org/knowledge-gateway/supporting-international-standards/publications/international-framework-good-governance-public-sector> . Acesso em: 25 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Revista do Tribunal de Contas da União**, nº 130. Brasília: TCU, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial de Combate à Fraude e Corrupção**: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2ª edição, Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3ª edição, Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & Contratos**: orientações e Jurisprudência do TCU. 5ª edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). Acórdão 2459/2013. Processo nº 031.750/2013-3. Relator Min. José Múcio Monteiro. Data da sessão: 11 set. 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1286457/NUMACORDAOINT%20asc/0 Acesso em: 14 ago. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). Acórdão nº 572/2022. Processo nº 000.340/2022-7. Relator: Min. Vital do Rego. Data da sessão: 23 mar. 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2529210> Acesso em: 18 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Plenário). Acórdão 2449/2023. Processo nº 031.750/2013-3. Relator Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 29 nov. 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2578950>. Acesso em: 18 jan. 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentada**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VIEIRA Marcelo Lopes. **Pontryagin. Como o gênio russo da matemática superou a cegueira?** Disponível em: <https://matematicasimplificada.com/pontryagin/> Acesso em: 04 out. 2022.

WOOD JÚNIOR, Thomas; WILNER, Adriana. Impacto Multidimensional da pesquisa: desenvolvimento e teste para um modelo de avaliação. *In*: Cadernos EBAPE.BR, v.21, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Publicado em 17 nov. 2023. ISSN 1679-3951

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-119.

ANEXO I

MINUTA DE DECRETO Nº XXXXX

Dispõe sobre o procedimento de *due diligence* nas contratações dos órgãos e entidades no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso Vi, alínea “a” da Constituição Federal, e

CONSIDERANDO o modelo de gestão pública baseado em governança vigente para toda a administração pública federal direta, autárquica e fundacional, nos termos do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017;

CONSIDERANDO que a Portaria nº 57, de 4 de janeiro de 2019, da Controladoria-Geral da União, instituiu Programa de Integridade em todos os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, voltado para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta;

CONSIDERANDO que o art. 11 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, reafirmou a política de governança também nas contratações públicas, por meio de gestão de riscos e controle interno;

DECRETA:

Art. 1º Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão adotar, em suas contratações, ferramentas de *due diligence* a fim de coletar elementos quanto à idoneidade do contratado e sua efetiva capacidade de execução contratual, nos termos estabelecidos neste Decreto.

§1º A determinação contida no *caput* abrange todos os instrumentos que importem transferência voluntária de recursos, sejam eles contratos, convênios, termos de parceria, contratos de repasse, termos de cooperação ou colaboração, acordos de fomento, termos de execução descentralizada, entre outros.

§2º Fica elidida a necessidade de realização das diligências determinadas neste Decreto quando a contraparte for pessoa jurídica de direito público interno.

Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

I – *due diligence*: procedimento acessório de coleta e exame de dados a fim de verificar a veracidade das informações cadastrais fornecidas pela contraparte; analisar se o parceiro comercial está em acordo com as políticas e normas internas e externas; bem como mitigar os riscos e as incertezas e conhecer as oportunidades associadas ao negócio.

II – idoneidade: o atributo da pessoa íntegra, imaculada, incorrupta, moralmente adequada, confiável e ética;

III - riscos operacionais: eventos que podem comprometer as atividades do órgão ou entidade, normalmente associados a falhas, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas, infraestrutura e sistemas;

IV - riscos de imagem/reputação do órgão: eventos que podem comprometer a confiança da sociedade (ou de parceiros, de clientes ou de fornecedores) em relação à capacidade do órgão ou da entidade em cumprir sua missão institucional;

Art. 3º Nos processos licitatórios promovidos pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, deverão ser adotadas, logo após a fase de habilitação e antes da assinatura do contrato, as seguintes diligências:

I – requisitar do fornecedor habilitado as seguintes informações:

a) se pessoa física: o seu nome completo e nome social; data de nascimento; CPF e RG; filiação; domicílio atual e dos últimos cinco anos; escolaridade; renda média mensal; registro na entidade de classe competente, quando for o caso; razão social/nome fantasia e CNPJ das empresas cujo quadro societário ou diretoria integre ou já tenha integrado, ou que figure ou tenha figurado como procurador; estado civil; se se enquadra como Pessoa Politicamente Exposta (PEP) ou seu parente consanguíneo ou afim até o 2º grau; se responde ou já respondeu a processo criminal ou administrativo (inclusive de improbidade administrativa) ou já foi preso, indicando os delitos que lhe foram imputados bem assim a órgão onde tramita/tramitou o processo;

b) se pessoa jurídica: sua razão social; seu CNPJ; nome fantasia; data de constituição; seu domicílio atual e dos últimos cinco anos; data em que passou a funcionar no último domicílio; seu CNAE primário e secundários; prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver; seu capital social; quantidade de empregados atual; telefone, e-mail e outros meios de contato; balanço patrimonial e demonstrativos contábeis; dados (razão social e CNPJ) de empresas do mesmo conglomerado econômico; se já respondeu ação de improbidade administrativa; exigindo, outrossim, dos sócios, diretores e procuradores da potencial fornecedora os mesmos dados solicitados para os candidatos pessoas físicas mencionados na alínea anterior;

II - verificar, por meio de cotejo com bancos de dados oficiais, a veracidade das informações apresentadas pelo fornecedor habilitado;

III – buscar a existência de processos judiciais em que o concorrente habilitado ou seus responsáveis figurem como réus, principalmente aqueles de natureza cível, trabalhista, tributária e previdenciária, a fim permitir um maior conhecimento sobre o seu histórico em relações negociais e impositivas, bem como sobre eventuais impactos financeiros em caso de condenação na lide;

IV – buscar a existência de processos criminais dos sócios (de direito e de fato) e representantes do fornecedor habilitado, especialmente relacionados a crimes hediondos, inafiançáveis, perpetrados por organização criminosa ou milícias, ou ainda, relativos a crimes contra a Administração Pública e lavagem de dinheiro;

V – pesquisar junto ao Tribunal de Contas da União ou do respectivo Estado a existência de procedimentos administrativos envolvendo o licitante habilitado em que tenham sido constatadas irregularidades na fase de licitação ou na execução contratual;

VI – pesquisar em *sites* geoespaciais, de georreferenciamento por satélites ou em fontes abertas (*internet*) elementos que possam indicar a existência fática do licitante habilitado em seu endereço de cadastro, bem como o endereço de seus sócios, representantes legais e procuradores.

§1º No caso de divergência entre os dados apresentados pelo fornecedor habilitado e aqueles constantes de bancos de dados oficiais, o servidor responsável pela realização do *due diligence* poderá solicitar esclarecimentos àquele, nos termos do art. 64 da Lei nº 14.133/2021, oportunizando-lhe o contraditório.

§2º O servidor responsável pela realização do procedimento de *due diligence* poderá, se necessário, realizar diligências *in loco* na sede da empresa ou no endereço de domicílio de seus sócios, representantes legais e procuradores, a fim de obter informações mais acuradas acerca de seu efetivo funcionamento ou da capacidade econômica dos mesmos para figurarem na sociedade, ressaltando-se a inviolabilidade do domicílio assegurada no art. XI da Constituição Federal de 1988;

§3º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) poderá exigir, por ocasião do registro do fornecedor, os mesmos dados constantes nas alíneas *a* e *b* do inciso I deste dispositivo, sendo, neste caso, desnecessária sua reiteração por meio do procedimento de *due diligence*.

Art. 4º As diligências indicadas no artigo anterior deverão ser sintetizadas pelo funcionário público responsável por sua realização num relatório de *due diligence*, a ser por ele assinado, compilando os resultados dos bancos de dados e *sites* consultados, eventuais divergências de dados constatadas, informações adicionais solicitadas ao licitante e outras diligências porventura realizadas, onde ele analisará, diante dos elementos coletados, os riscos atrelados ao fornecedor habilitado no que respeita a sua idoneidade e à inexecução contratual.

§1º Os servidores públicos designados para a realização do procedimento de *due diligence* são responsáveis, em âmbito cível e criminal, pela veracidade dos dados constantes em seu relatório, devendo, sempre que possível, juntar os registros fotográficos (*print screen*) dos resultados em cada fonte consultada.

§2º O relatório de *due diligence* tem caráter meramente expositivo, tendo por propósito auxiliar o gestor público no processo de tomada de decisão, munindo-o com informações acerca dos riscos operacionais e de imagem/reputação atrelados a cada contratação.

Art. 5º Diante do relatório de *due diligence* sobre o licitante habilitado, o gestor público deve, preferencialmente, avaliar a possibilidade de continuidade da contratação com o referido licitante, adotando, contudo, medidas para mitigar os riscos eventualmente detectados, conforme ato devidamente motivado.

§1º Caso sejam contatadas práticas ilegais por parte do fornecedor habilitado ou os riscos concretos relacionados ao mesmo não indiquem a continuidade da contratação, o gestor público pode excluí-lo do certame, fundamentando de maneira motivada e pormenorizada a necessidade e adequação da medida imposta.

§2º Caso o gestor tenha decidido por excluir o licitante do certame, semelhante procedimento de *due diligence* deve ser realizado com o segundo fornecedor mais bem classificado, e assim sucessivamente.

§3º Acaso verifique que os dados constantes no relatório de *due diligence* sejam insuficientes para fundamentar a tomada de decisão, o gestor público pode devolver o processo ao servidor responsável, indicando outras diligências que pretenda sejam adotadas no caso.

Art. 6º O procedimento de *due diligence* indicado nos arts. 3º a 5º deverá ser adotado também nos processos de contratação direta com relação ao fornecedor que tenha apresentado o orçamento mais vantajoso e deve ser realizado preferencialmente antes da assinatura do contrato, salvo quando colocar em risco a celeridade do negócio que a urgência do caso requer, conforme justificativa devidamente fundamentada da autoridade competente.

Parágrafo único. Na hipótese excepcional do *caput*, o procedimento de *due diligence* com relação ao fornecedor contratado será realizado logo após a assinatura do contrato, com a maior presteza possível.

Art. 7º Nos contratos de média ou longa duração, devem ser renovados a cada dois anos os procedimentos de *due diligence* sobre o fornecedor contratado, seu sócios, representantes e procuradores.

Art. 8º A designação do servidor público responsável pela realização do procedimento de *due diligence* em cada órgão deve atender aos seguintes critérios:

- a) preferencialmente, recair sobre um servidor público ocupante de cargo efetivo;
- b) necessariamente recair sobre um servidor integrante da primeira linha de defesa dos contratos públicos, nos termos do art. 169 da Lei nº 14.133/2021.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade deve promover e estimular a capacitação dos servidores designados em ferramentas de *compliance* e sua constante atualização.

Art. 9º A alta administração do órgão ou entidade deve promover medidas para assegurar a celeridade na realização do procedimento de *due diligence* em cada contratação, seja alocando recursos materiais e humanos suficientes, seja enveredando todos os esforços a fim de obter acesso a bancos de dados oficiais que se reputem essenciais à realização de um procedimento de *due diligence*.

Parágrafo único. É facultada a contratação de sistemas de *background check* para auxiliar e agilizar a realização do procedimento de *due diligence*.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.