

A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE E DA ARBITRAGEM PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ricelle Brandão Barros de Andrade¹

RESUMO: Trabalhar com temas como a arbitragem e *compliance* é iniciar uma produção jurídica que sai do tradicionalismo, assim, a presente pesquisa visa abordar esses dois assuntos e sua aplicabilidade na Administração Pública, já que apesar de arbitragem e *compliance* terem conceitos distintos, são formas de trazer prevenção e solução de conflitos, principalmente quando se analisa os atos administrativos e a forma de contratação pública. Aqui considerando a necessidade de cumprir princípios fundamentais, na contratação e execução de serviços públicos, pautados na moralidade e probidade administrativa, um desafio cotidiano a ser enfrentado com o fervor necessário e encorajado, para que não fiquem esquecidos como uma simples letra na Carta Maior de 1988. Ainda mais com inúmeras notícias de escândalos de corrupção, que por muito tempo fez com que a Administração Pública se tornasse cabide de empregos, apadrinhamento político e contratações superfaturadas. Por não caber mais tolerância por parte de sociedade, temas como este, interdisciplinar, são cada vez mais adequados com fim de buscar soluções cada vez mais pragmáticas capazes combater conflitos, manter ações íntegras, éticas e probas, com o fim de justificar da melhor forma a tomada de decisões por parte da Administração Pública. Dessa forma, para melhor desenvolvimento da pesquisa foi necessário utilizar a metodologia pelo procedimento bibliográfico e documental, com o fim de buscar um resultado ao problema levantado na pesquisa, através do método dialético, com caráter diacrônico, analisando a aplicabilidade da Arbitragem e do *Compliance* na Administração Pública.

Palavras-chave: arbitragem; *compliance*; aplicabilidade; administração pública; solução de conflitos.

ABSTRACT: Working with topics such as arbitration and compliance is to start a legal production that comes out of traditionalism, the present research aims to address these two issues and their applicability in Public Administration, since although arbitration and compliance have different concepts, they are ways of

¹ Mestra em Direito pela UniFG. Pós-graduada em Práticas Trabalhistas, Tributárias e Previdenciárias pelo CESB - Centro Educacional do Sudoeste da Bahia (2014). Pós-graduada em Advocacia Empresarial (ESA OAB Minas). Advogada inscrita na OAB/BA 44.072. Sócia do escritório Amaral & Brandão Advogadas Associadas. Vice-Presidente da Comissão de Compliance da OAB/BA - Subseção de Vitória da Conquista (2019 a 2021). Professora de Graduação e pós-graduação. Professora pesquisadora do grupo de pesquisa CAJA - CENTRO DE ANÁLISE JURÍDICA AMBIENTAL - FAINOR. Professora Pesquisadora do grupo de pesquisa em Compliance e Combate a Corrupção na OAB/BA - Subseção de Vitória da Conquista.

bringing prevention and conflict resolution, especially when analyzing administrative acts and the form of public contracting. Here, considering the need to comply with fundamental principles, in the contracting and execution of public services, based on morality and administrative probity, a daily challenge to be faced with the necessary and encouraged fervor, so that they are not forgotten as a simple letter in the General Letter of 1988. Even more with numerous news of corruption scandals that for a long time made the Public Administration become a hanger of jobs, political sponsorship and overpriced hiring. As there is no room for tolerance on the part of society, topics such as this, interdisciplinary, are increasingly appropriate in order to seek increasingly pragmatic solutions capable of combating conflicts, maintaining integrity, ethical and probative actions, in order to justify in the best way possible. decision-making by the Public Administration. Thus, for better development of the research, it was necessary to use the methodology by the bibliographic and documentary procedure, in order to seek a result to the problem raised in the research, through the dialectical method, with a diachronic character, analyzing the applicability of Arbitration and Compliance in Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration, compliance, applicability, public administration, conflict solution.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 - A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO E A BOA GOVERNANÇA; 2- O COMPLIANCE COMO EMBASAMENTO ÀS DISCUSSÕES ARBITRAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 2.1- Análise dos pilares: ética, compliance e arbitragem na administração pública; 2.2- A corrupção em contratos públicos e seus desdobramentos na composição da arbitragem; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O tema objeto do presente artigo visa abordar duas áreas atuais e muito importantes no direito, que vem revelando um crescimento extraordinário no sistema jurídico: arbitragem e *compliance*.

O questionamento central da pesquisa é como a implementação do sistema de *compliance* pode possibilitar que não haja em contratação de particulares com entes públicos, o descumprimento da Lei Anticorrupção e como a arbitragem pode ser usada com o fim de promover solução de conflitos em contratos que não observaram os comandos de *compliance* e se envolveram em riscos e atos de corrupção?

O Brasil, comparado com os demais países, foi o que mais tardiamente começou a trabalhar com a matéria de arbitragem, mas um ponto importante é que estamos utilizando cada vez mais o instituto para solucionar conflitos que se relacionam ao direito patrimonial disponível, e hoje é o 4º país em número de arbitragem, tendo começado suas atividades na década de 90 (Wald, 2014).

Por muito tempo, se discutiu sobre a aplicação da arbitragem em conflitos envolvendo entes da administração pública e ainda que seja um quesito superado, ainda há pontos a serem observados sobre o tema, como questões de disponibilidade como pressuposto objetivo da arbitragem, objeto de eficácia processual da convenção arbitral, princípio geral da arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública, manifestações doutrinárias específicas, orientação jurisprudencial, desnecessidade de prévia cláusula arbitral, publicidade, local da arbitragem, arbitragem institucional – escolha da instituição arbitral e dos árbitros, arbitragem de direito – exclusão de arbitragem, entre outros pontos (Talamini, 2018).

De todo modo a arbitragem é um processo pelo qual demandas que envolvam a Administração Pública poderão ser discutidas, deliberadas e sentenciadas, produzindo assim, efeitos aos casos concretos. Aqui apontamos casos que entes públicos em contratações públicas com particulares, em situações de não conformidade, descumprindo cláusulas de *Compliance*, bem como as previsões contratuais anticorrupção, se valerão da arbitragem, com o fim de promover adequação aos litígios.

Aqui chegamos no mecanismo de *Compliance*, sendo um conglomerado de procedimentos e regimentos legais e éticos, que uma vez implementado norteará a organização e os demais envolvidos na atuação correta nas relações comerciais. Nesse viés, as normas do programa de *compliance*, desde que instituídas na empresa, somadas a arbitragem, são meios que poderão ser utilizados para a solução de conflitos advindos de contratos que envolvem particulares e entes da Administração Pública.

O artigo, com o fim de responder o questionamento levantado, utilizou da metodologia pelo procedimento bibliográfico e documental, por meio do método de abordagem dialético, tendo em vista que foi realizado um diálogo entre

artigos, teorias e legislações que foram desenvolvidas sobre o tema proposto para, ao final, buscar trazer um resultado ao problema acima citado de forma satisfatória.

O procedimento a ser adotado é o de revisão bibliográfica, haja vista que foi feito um estudo entre os textos escolhidos, tendo a pesquisa um caráter diacrônico, porque visa o estudo e compreensão de duas áreas novas no direito: Arbitragem e *Compliance*, que nesta pesquisa se alinham com o fim de mostrar sua aplicabilidade no âmbito da Administração Pública.

2 - A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO E A BOA GOVERNANÇA

Inicialmente, antes de começar a abordar sobre o sistema de *Compliance* na Administração Pública, é fundamental apontar que no Direito Administrativo, os atos administrativos, devem refletir sobre a prática do agente público no exercício da função administrativa, tais agentes estão sob o regime de direito público, apesar de serem pessoas físicas, geram manifestação de vontade do Estado, dessa forma, todos os agentes públicos, que estejam exercendo atividades públicas, estão vinculados e são atingidos pelos seus próprios atos, assim como, gerarão consequências direta e indiretamente a Administração Pública.

É por essa razão, que os atos administrativos precisam estar em conformidade com os princípios administrativos, para não incorrerem na previsão dada pelo art. 37, *caput*, e § 4º, da Constituição Federal de 1988, que retrata os atos de improbidade administrativa (Brasil, 1988).

Dessa forma, pode-se dizer que a probidade administrativa é a peça-chave de atuação dos agentes públicos, que são pessoas físicas, atuando em nome do Estado, de forma direta ou indireta, e com isso, prestam serviços não só para a Administração Pública, mas para toda a sociedade.

Para melhor entendimento de quem são os agentes públicos, é necessário alocarmos em algumas categorias, e aqui serão divididos em 4 (quatro): 1) os agentes políticos; 2) os servidores estatais ou agentes

administrativos, esses, por sua vez, divididos em servidores públicos ou empregados públicos, observando o regime jurídico que norteia a relação firmada com a Administração, sendo os primeiros, de direito público e, os últimos, de direito privado; 3) os militares, que antes da Emenda Constitucional 18/98, estavam na categoria de servidores militares; e 3) os particulares em colaboração com Estado (Di Pietro, 2018).

Assim, para que os agentes públicos possam cumprir devidamente suas funções públicas, independente da sua categoria de atuação e automaticamente, venham a alcançar o interesse público a que se destinam, receberão várias atribuições e funções legais advindas do ordenamento jurídico brasileiro. Aqui pode se referir a inúmeras prerrogativas denominadas poderes/deveres ou poderes administrativos, mas jamais se esquecendo de que todos os agentes públicos devem obediência aos princípios administrativos.

Esse dever de obediência se dá, pois exercem suas atividades em nome de toda a coletividade e visando a efetivação do Estado Democrático de Direito (Di Pietro, 2018). Estando, esses agentes, subordinados aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; previstos no caput do art. 37, da CF/88, sendo a moralidade um dos princípios constitucionais basilares para um bom gestor público (Brasil, 1988). É o que toda a população deseja e espera, que a “coisa pública” seja bem tratada e administrada, já que ela existe para servir o povo.

A título de desenvolvimento do tema deste artigo é preciso discorrer mais profundamente sobre os princípios da publicidade, eficiência e moralidade, não pesando, esses princípios, em detrimento dos princípios da legalidade e da impessoalidade, mas abordando sua ligação direta aos pontos aqui levantados.

O princípio da publicidade significa ter transparência. A divulgação é uma forma de controle dos atos da administração pelo cidadão, é um requisito de eficácia dos atos administrativos, haja vista que o ato só pode produzir efeitos, em relação ao cidadão, se for de conhecimento público, salvo as exceções legais. Nesse ponto, é importante ressaltar que nem tudo poderá ser publicitado, considerando os casos que poderão ser sigilosos, os quais envolvam interesse público relevante, segurança nacional, entre outros, desde que devidamente

justificados. Nesses casos, fala-se em publicidade também, mas apenas para as partes envolvidas no ato administrativo (Di Pietro, 2018).

Desse modo, Nohara relata que:

A publicidade é princípio básico da Administração Pública, positivado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que permite credibilidade pela transparência. É pela publicidade que os cidadãos têm conhecimento das ações dos administradores no trato da coisa pública. Ela também garante a defesa de direitos quando estes são violados pelo Poder Público, viabilizando a proteção da moralidade e a estabilidade das relações jurídico-administrativas.

A obediência ao princípio pode ser analisada de duas perspectivas complementares: (1) do **direito** de os administrados terem acesso a informações de interesse particular ou coletivo, e (2) do correspondente **dever** de a Administração dar publicidade de atos e contratos administrativos.

[...]

José Eduardo Martins Cardozo enfatiza que a publicidade dos atos e contratos administrativos, que constitui *dever* da Administração imprescindível para o aperfeiçoamento de muitos deles, não se confunde com a divulgação ou propaganda dos atos e atividades de gestão administrativa ou governamental do Poder Público pelos meios de comunicação em massa, que é *faculdade* conferida, desde que exercida de acordo com o § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

Neste último caso, a Constituição se utiliza da palavra *publicidade* quando em realidade a situação mais se aproxima da *propaganda*. A publicidade significa tornar público um ato, já a propaganda engloba princípios e teorias visando a um fim ideológico, ou seja, objetiva a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico) de maneira indireta ou a partir de uma neutralidade disfarçada (Nohara, 2018, p. 84). (grifo no original).

É pertinente observar que a publicidade é o gênero, cuja publicação oficial é espécie. O agente público que desobedecer e não dar publicidade aos seus atos poderá incorrer em ato de improbidade administrativa.

O princípio da eficiência está vinculado à produtividade. Assim, exige-se ao agente público apresentar resultados positivos com o mínimo de gastos. Tal princípio foi inserido ao art. 37 pela Emenda Constitucional nº 19/98. Com isso, vê-se que é uma norma de eficácia plena, independente de regulamentação infraconstitucional (Di Pietro, 2018).

Os pilares da integridade e boa conduta se relacionam diretamente ao princípio da moralidade, e aqui fala-se do agente público que age com honestidade, boa-fé e boa conduta. O conceito aqui exposto é diferente da moral

social, pois a moralidade, que o princípio menciona, é o que defende a coisa pública como um todo (Nohara, 2018).

Para esse ponto, é importante apontar o que Cademartori, em sua tese de doutorado, traz sobre o princípio da moralidade, abordando ser um princípio que “efetivamente inaugurou um parâmetro de sentido”, e aqui, para ele, o termo sentido, tendo como base as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é como o homem se orienta perante a sociedade, e que “[...] a perda de sentido afeta, isto sim, a orientação do homem [...]”, ou seja, suas atitudes dentro da administração pública precisam ser pautadas em atos morais, pois “[...] o ato imoral, praticado por aqueles que têm a responsabilidade de pôr em prática um projeto de sociedade, terminará por afetar a orientação ou o sentido que se queira estabelecer para ele, independente da sua obediência aos parâmetros formais da lei” (Cademartori, 2000, p. 68).

Cademartori ainda retrata que o princípio da moralidade compreende uma adequação entre as atividades estatais e os valores que são a base de uma sociedade. Portanto, para o autor, “[...] a moralidade, no âmbito do Direito, é uma decorrência dos valores sociais que, ao longo do tempo, se institucionalizam como direitos fundamentais[...].” (Cademartori, 2000, p.130 e 151).

E tudo isso foi necessário, pois o Brasil até os dias atuais, vivência práticas desleais por parte dos seus gestores públicos, práticas essas rastreada desde a época da chegada da família real, no ano de 1808. Além de viver sobre grandes luxos e privilégios, ainda mantinham o poder da nobreza e altos funcionários que faziam parte da corte brasileira². Tais atos evidenciam a cultura

² A elite do funcionalismo público brasileiro nasceu do tráfico de influência, do nepotismo, do parasitismo, do clientelismo e, sobretudo, do absoluto despreparo para a gestão do patrimônio público. Com a proclamação da República, em 1889, o sistema monárquico foi substituído pelo mandonismo dos chefes políticos e dos patriarcas rurais. Os cargos públicos foram loteados e distribuídos entre apadrinhamentos políticos e cabos eleitorais. Os primeiros anos da República foram marcados pelas barganhas partidárias e pela impunidade dos governantes. [...] Entre 1928 e 1930, GRACILIANO RAMOS foi prefeito de Palmeira dos Índios. Ainda não tinha despontado como escritor. Era um político honesto, zeloso pelos cofres públicos. Demitiu funcionários relapsos, limpou a cidade, cobrou impostos, combateu o coronelismo. Embora tenha dado grandes demonstrações de sua integridade pessoal, não conseguiu convencer os seus conterrâneos de que o ato administrativo era isento de lucro pessoal, de que as verbas não podiam ser desviadas para os bolsos de parentes e aliados políticos. Suas medidas moralizadoras não foram entendidas. Saiu pobre e com muitos inimigos. Em seu famoso *Relatório ao Governador do Estado de Alagoas*, demonstrou que a probidade na gestão da coisa pública começa a ser construída a partir da decisão política de romper com o clientelismo provinciano e com o favorecimento a grupos econômicos comprometidos com a fraude eleitoral,

da deslealdade e barganha política de cargos públicos, o que inevitavelmente recai no formato da má gestão pública que o país ainda possui nos dias atuais (Sarmiento, 2002).

Quando se aborda o conceito de moralidade administrativa, extraindo do texto constitucional, art. 37, o princípio da moralidade, é esperar do gestor público que se comporte com boa-fé e lealdade, buscando praticar atos administrativos de forma proba, honesta, pois sua atuação se dá em nome de toda a sociedade.

A Lei nº 12.527/2011, traz previsão legal no que se refere ao acesso às informações, retratando os procedimentos que destinam e asseguram, art. 3º: “o direito fundamental de acesso à informação” tendo suas diretrizes pautadas e executadas como princípio básico da administração pública, trazendo a transparência na administração pública como uma dessas diretrizes³. A transparência na administração pública está ligada ao princípio da publicidade, como já foi exposto, é a forma da administração dar visão à sociedade dos atos administrativos que ela pratica, é mostrar, expor, sua atuação e ser transparente nos seus atos públicos.

Ainda dentro da transparência do Poder Público, o autor Claudio Carneiro escreve sobre o *Compliance* Público e aborda que “o Sistema de Gestão de *Compliance* também é chamado de Programa de Integridade”, aqui, além de estar vinculado os princípios previstos no art. 37 da CF/88, também é possível verificar os princípios da ética, transparência e integridade, pois “[...] é um sistema realmente capaz de garantir a legalidade e transparência na função pública, principalmente no que concerne à contratação por parte da Administração” (Carneiro, 2016, p. 3 a 6).

Nesse sentido:

com a sonegação de impostos e com o tráfico de influência. [...] Até meados do século passado, políticos e funcionários graduados tinham certeza da impunidade dos seus deslizes funcionais. **No Brasil, imperava a lei do “rouba, mas faz”, que refletia o conformismo do povo ante a corrupção [...]**² (Sarmiento, 2002, p. 53 a 55) - grifo nosso.

³ Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes [...] IV fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública (Brasil, 2011).

Inicialmente, pode causar estranheza associar o *Compliance* com a Administração Pública enquanto destinatária de tais normas, pois, teoricamente, este instituto teria nascido para adequar as sociedades (empresas) privadas à conformidade legislativa vigente. Ocorre que essa visão é equivocada, pois o Poder Público não só deve se submeter à legislação em comento, como deve dar o exemplo de boa-fé, legalidade e boa governança (Carneiro, 2018, p. 148) - grifo do autor.

O *Compliance* é um tema consideravelmente novo e já está sendo utilizado no setor privado, e agora pelo setor público, pois sua base estrutural se aplica perfeitamente aos aspectos da “Boa Governança”, sendo um grande suporte para reduzir os altos índices de corrupção no país (Carneiro, 2016). Destarte, Claudio Carneiro relata que:

A Lei 13.303/2016 trouxe como um de seus pilares, normas sobre a Boa Governança por parte da Administração Pública em todas as esferas de Governo (Federal, Estadual e Municipal). Diante dos diversos conceitos que a Governança pode assumir, deixamos consignado que adotamos nesse texto a concepção de Governança, como observância das normas de boa conduta para a Administração Pública, bem como o respeito às medidas adotadas pelas leis para governar o país em questão dentro de uma política ética e de combate à corrupção, ao suborno e às irregularidades administrativas. Segundo os conceitos de governança corporativa estabelecidos pelo *International Federation of Accountants* – IFA (2011, p.12) temos os seguintes princípios de governança corporativa no do setor público: a) Transparência; b) Integridade e c) *Accountability*.

[...]

A corrupção que vem assolando o mundo moderno vem exigindo uma mudança comportamental por parte das empresas e não poderia ser diferente com o Poder Público. Partindo-se da previsão constitucional, em sequência, investigam-se as normas que exteriorizam a transparência necessária dos atos de gestão pública, de modo a evitar os atos de corrupção e de má-gestão pública, de modo a evitar os atos de corrupção e de má gestão pública. A busca da gestão de riscos e da implantação e manutenção de Programas de Integridade, por força do contido na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), são o alvo para a edição das normas afetas à Integridade na Administração Pública.

Assim, diante de tais circunstâncias e por ser algo relativamente novo no país, nasceu o chamado *Compliance Público*, que além de já ser considerada uma realidade para o setor público em todo o Brasil, deve se consolidar em todas as esferas e órgãos federais, estaduais e municipais, sobretudo com a publicação do novo diploma legislativo (Carneiro, 2018, p. 145 a 148) - (grifo do autor).

E tudo isso porque o Brasil vive um clima de banimento da moralidade pública, são muitos casos de corrupção no país⁴, a cada investigação que o

⁴ Sobre o assunto pautado na corrupção e economia, para uma análise detalhada, sugiro a leitura da obra *Corruption and the shadow economy: na empirical analysis* (Dreher; Schneider, 2010)

Ministério Público faz mais escândalos são noticiados e com eles a sensação de impunidade. George Sarmiento diz que:

Os brasileiros chegaram ao limite da tolerância. Não há mais como postergar a ruptura com as antigas práticas administrativas de nepotismo, clientelismo, e pilhagem do patrimônio nacional. Há urgência de novas formas de gestão dos serviços públicos, baseadas na legalidade, moralidade e transparência. Mas é preciso reconhecer que a transição é lenta e traumática. A crise de credibilidade da classe política mina as bases da democracia e estimula a ilusão do salvacionismo autoritário, ora de direita, ora de esquerda (Sarmiento, 2002, p. 26).

Diante do exposto vê-se que a implementação do sistema de *Compliance* vem como uma base sólida para a manutenção da transparência dos atos públicos, trazendo força e impactos positivos no setor público, considerando sua estrutura aplicada perfeitamente aos aspectos da “Boa Governança”, tendo a finalidade basilar de reduzir os altos índices de corrupção no país (Carneiro, 2018).

Já é possível verificar Guias e Manuais de orientação a Gestão Pública, como exemplo o Guia de Implementação de Programas e de Integridade nas Empresas Estatais, que orienta para gestão da integridade nas Empresas Estatais Federais (Brasil, 2015); O Manual para Implementação de Programa de Integridade, que são orientações para o setor público (Brasil, 2017), ambos emitidos pela Controladoria Geral da União – CGU, que tem o fim de elencar programas de integridade com medidas e ações públicas direcionadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção.

Assim, o Decreto Federal nº 9.203/2017, que trata acerca da política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, encontra-se disposto, no art. 19, os eixos principais do programa de integridade como “comprometimento e apoio da alta administração; existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; análise, avaliação e gestão de riscos associados ao tema da integridade; e monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade” (Brasil, 2017, p. 7).

O sistema de *Compliance* nada mais é que a implementação de uma cultura vinculada ao agir dentro de padrões éticos e em conformidade com responsabilidade social corporativa, tendo bases legais, com o fim de buscar

zelar pela reputação de uma sociedade e pelas práticas de boa governança, protegendo, dessa forma, os valores institucionais corporativos sendo a força do trabalho que o sistema gera.

Tudo isso, porque a Administração Pública tem muitos serviços a serem oferecidos à população brasileira, que vem exigindo cada vez mais efetivação dos seus direitos mínimos de subsistência, tais como: educação, moradia, saúde, lazer, transporte, um meio ambiente preservado e equilibrado; que são garantias necessárias para se viver de forma digna e o Estado tem obrigação de prestar todos esses serviços com qualidade, celeridade, eficiência, presteza e cortesia.

3- O COMPLIANCE COMO EMBASAMENTO ÀS DISCUSSÕES ARBITRAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A aplicabilidade do sistema *Compliance* reforça a transparência na gestão pública e está relacionada de forma direta ao direito do cidadão de obter acesso às informações públicas e a obrigação da Administração Pública de dar acesso e publicidade a essas informações. Estando dentro desse padrão, pode-se dizer que a Administração Pública estará em conformidade com o disposto no art. 5º, XXXIII, e art. 37, ambos da CF/88; bem como, em Tratados Internacionais assinados pelo Brasil, na Lei de Responsabilidade Fiscal, na Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131, de 2009) e na Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2013, p.43).

Com base nessa questão é fundamental lembrar sobre a operação Lava Jato, que foi a maior investigação de corrupção da história do país, tendo investigações e delações premiadas, com o fim de acabar com um esquema bilionário de desvio de dinheiro e corrupção na Petrobrás (Brasil, s.d.).

Esse é um ponto de virada, pois a Operação Lava Jato é o marco para o crescimento de padrões éticos, principalmente no que se refere a celebração de negócios. Aqui podemos trazer a base de ações de *enforcement*, e a implementação de programas de *Compliance*, compondo esse novo cenário (Junior, 2013). É dentro desse contexto, em vários casos, que nos deparamos

com disputas arbitrais visando soluções que, por diversas vezes, são iniciadas, motivadas por investigações internas ou por autoridades públicas que acabaram por levar as partes para disputas arbitrais.

Nesse ponto leva-se em consideração a força dos árbitros, que são juízes de fato e de direito, e que a sentença arbitral aplicada, não será sujeita a homologação judicial ou a recurso, que traz mais morosidade ao processo e não dissolução célere dos conflitos, principalmente quando estamos falando de contratos com a Administração Pública que há descumprimento contratual, superfaturamento, desvio de finalidade e corrupção, o que precisa de celeridade na solução do conflito.

No caso da arbitragem para casos que envolvam a Administração Pública é fundamental a convenção de Termo de Arbitragem, em que o Tribunal Arbitral deverá julgar com base no direito brasileiro, já que não cabe arbitragem por equidade quando se envolver entes da Administração Pública (Talamini, 2018).

Assim, estando estabelecida a arbitragem de direito, no termo de arbitragem, o julgamento constando a expressa vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, não restará dúvidas da obrigatoriedade da sua aplicação, sem risco de ensejar a nulidade da sentença (Quintão, 2018).

Fundamental apontar que nem todas as disputas podem ser transitadas pela via arbitral, existem parâmetros subjetivos e objetivos, e a análise da arbitrabilidade é um pressuposto fundamental para a validação da convenção arbitral, vinculado a um litígio onde as partes estão submetidas à arbitragem voluntária.

No campo das contratações estatais, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública (ex.: contratos celebrados por empresas estatais, contratos de locação em que a Administração é locatária) sempre contou com maior aceitação da doutrina e da jurisprudência, especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes, na forma do art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/1993 (Oliveira, 2015, p. 64).

Ocorre que, ainda em contratos administrativos já é visto a arbitragem como uma solução eficaz para resolver conflitos contratuais, em questões patrimoniais ou técnicas, vinculadas a direitos disponíveis (Oliveira, 2015).

A arbitragem na Administração Pública tem previsão na Lei de Arbitragem Lei nº 9.307/1996, por meio da alteração trazida pela Lei nº 13.129/2015, no art. 1º, § 1º, prevendo de forma expressa a possibilidade de aplicação da arbitragem pela Administração Pública, arbitrabilidade subjetiva, relacionadas a contratos e parcerias com entes administrativos (Brasil, 1996).

3.1- Análise dos pilares: ética, compliance e arbitragem na administração pública

Falar em Administração Pública e atos administrativos que são executados de forma direta e indireta para o povo, é esperar que haja ética e integridade nas ações, bem como nas contratações, haja vista que a coisa é pública, então foca-se nos princípios da legalidade, moralidade e probidade, refutando a ideia que os atos e contratações precisam está dentro do pilar da probidade administrativa, com dever de ser ético, honesto, ter decoro e boa-fé (Di Pietro, 2018).

Em regra, não se espera estar diante de atos ilícitos e corruptos, praticados por qualquer dos tipos de agentes públicos. E, por mais que seja difícil, procurar trazer uma distinção entre o conceito de moralidade administrativa e probidade administrativa, pode-se dizer que as expressões são sinônimas, expressam a, grosso modo, a mesma coisa, já que está vinculada a ideia de honestidade nas práticas da Administração Pública.

Infelizmente, por práticas culturais, que é possível remeter ao período do império, como já citado, a sociedade brasileira, vem cada vez mais, exigindo probidade ou moralidade administrativa, nos atos e contratações públicas, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso, também, a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (Di Pietro, 2018).

Há urgência na implantação de novas formas de gestão dos serviços públicos, baseados na legalidade, moralidade e transparência. Mas é preciso reconhecer que a transição é lenta e traumática. A crise de credibilidade da classe política mina as bases da democracia e

estimula a ilusão do salvacionismo autoritário, ora de direita, ora de esquerda (Sarmiento, 2002, p. 26).

Lamentavelmente, é percebido cada vez mais práticas desleais dos gestores públicos. A Operação Lava Jato, foi uma investigação de grande repercussão nacional, o inquérito é considerado o marco zero das investigações, e veio do desdobramento da Operação Miquéias, que logo após essas investigações, uma cadeia de ligações com grandes empreiteiras, foram sendo descobertas, até chegar nas empresas: Andrade Gutierrez e Odebrecht (Brasil, s.d.).

A ação visava combater crimes de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, organização criminosa, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e recebimento de vantagem indevida. O que se descobriu durante a operação foi o envolvimento de membros administrativos da empresa estatal petrolífera Petrobras, políticos dos maiores partidos do Brasil, incluindo presidentes da República, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e governadores de estados, além de empresários de grandes empresas brasileiras (Brasil, s.d.). E tais notícias chocam cada vez mais a sociedade brasileira, e, segundo George Sarmiento:

A crise moral por que passa a administração pública conspira contra o Estado de Direito e coloca em risco o funcionamento das instituições democráticas. JACQUES GÉNEREUX observa que a corrupção no funcionalismo corrói a confiabilidade dos cidadãos no poder político, alimenta a propaganda de extrema direita, atenta contra a democracia e a sociedade como um todo [...] (Sarmiento, 2002, p. 26).

Esse conjunto de fatores, de práticas e comportamentos passados e até mesmo presentes, traz os reflexos que se têm hoje das mesmas condutas de deslealdade, má-fé, improbidade, burocratização de atos administrativos, favorecimentos e pagamentos de propinas em contratações públicas que infelizmente e inevitavelmente já se tornou um sistema vicioso, antigo e que continua sendo alimentado.

Não só na Administração Pública, mas no âmbito empresarial valores como ética, boa conduta, integridade e transparência devem compor o dia a dia

das relações, e o sistema de *Compliance*, traz base fundamental para o sucesso dos negócios.

A implementação de Código de Conduta, Código de Ética, criação do setor de Ouvidoria, canais de denúncias, de forma que funcionem independente da alta direção, ou alta administração, com o real fim de apurar e fiscalizar atos e comportamentos de agentes e pessoas, dão suporte para o monitoramento de ações e possibilitam a tomada de decisões até mesmo de forma preventiva e, com isso, mitigam os riscos e ajudam no bom desenvolvimento das atividades contratuais e empresariais (Assis, 2017).

Todo esse processo direciona a tomada de decisões incluindo a escolha da arbitragem, quando há previsão contratual de convenção arbitral, como negócio processual, de forma que a cláusula compromissória, esteja pactuada com o fim de solucionar um litígio (Oliveira, 2015), envolvendo a área de *Compliance* e as cláusulas anticorrupção, que poderão, também, estar previstas nos contratos firmados.

E isso poderá ocorrer, pois quando há a implementação do sistema de *Compliance* numa empresa ou no setor público que está vinculado ao contrato, é preciso estar atento as atividades dos parceiros, prestadores de serviços e terceiros, que são participantes das atividades contratadas, sob o risco de responder por atos ilegais ou até mesmo de corrupção, mesmo que não tenha contribuído de forma direta.

Necessária a comunicação de todos os envolvidos na relação contratual de forma direta e indireta, que está vinculado ao negócio pactuado, principalmente quando tiver estabelecido a forma de atuação, e aqui vem o uso da arbitragem como forma de dar suporte na solução dos conflitos que porventura seja constituído, proveniente de frustrações advindos até mesmo do sistema de *Compliance* contratado.

O sistema de *Compliance* em suas bases normativas, instituídas ou para a Administração Pública ou na empresa que contrata com a Administração Pública, é importante o acréscimo da instituição da arbitragem, como ferramenta de solução de conflitos contratuais, tendo assim, maior segurança jurídica entre

as partes, de forma que se ocorrer uma convenção arbitral, com o fim de estabelecer regras, poderá fazê-lo por meio de uma câmara arbitral especializada, sigilosa, confidencial, que tenha uma ação célere, de forma que haja menor exposição no mercado, com relação ao quanto pactuado no contrato (Quintão, 2018).

Um ponto a ser trabalhado é no que se refere ao sigilo da arbitragem, pois em regra os atos administrativos devem ser públicos, transparentes, Eduardo Talamini menciona que:

A Administração Pública submete-se ao dever de publicidade [...]. Isso está refletido na exigência do § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem: arbitragem que envolva a Administração Pública não se submeterá à regra geral da confidencialidade que vige na arbitragem [...].

Mas, ainda assim, é possível que a arbitragem envolvendo o ente público submeta-se a um regime de publicidade restrita. Isso dependerá dos fatores envolvidos no litígio [...].

Ou seja, ainda que a regra tenha que resguardar pela publicidade dos atos administrativos, previsão dada na Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*, haverá casos em que o sigilo não trará danos a Administração Pública, principalmente quando estiver vinculado a documentos ou procedimentos em alguns casos pontuais, como ocorre com o segredo de justiça, por exemplo. A própria Lei nº 12.527/2011, que é a Lei de Acesso à Informação, nos arts. 23 e 31, permite o sigilo em “informações classificadas como sigilosas, consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado; e informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem” (Oliveira, 2015, p. 68)

De toda sorte, a arbitragem é usada contratualmente como um canal eficiente de solução de conflitos e protege ainda mais à integridade das ações empresariais, principalmente quando ocorrer questionamentos sobre a possibilidade de descumprimento da Lei Anticorrupção ou caso haja violação do andamento de apuração de responsabilidade administrativa por meio de autoridades públicas. Considerando que o árbitro, terceiro escolhido, decidirá com relação ao descumprimento contratual, garantindo assim a resolução conflito dentro de um sistema jurídico consolidado (Lamy, 2019).

3.2- A corrupção em contratos públicos e seus desdobramentos na composição da arbitragem

São diversos os casos de escândalos de corrupção no país e, em quase todos temos casos de dinheiro público envolvido, sendo exigido cada vez mais uma transformação no comportamento das empresas, ainda mais quando se relaciona com contratações com a Administração Pública. O ato de corrupção, é um ato ilegal e fere diretamente o contrato pactuado entre as partes, é um processo que envolve superfaturamento contratual, desvio de verbas públicas e retorno dessas verbas as mãos de agentes públicos.

Contratos que possuem conflitos advindos de ações corruptas podem atingir ou influenciar árbitros no que se refere a parte contrária ou ao caso concreto. Por essa razão, quando houver a notícia da ocorrência da corrupção é fundamental que haja prova substancial e pré-constituída (Santos, s.d.), pois a mera alegação de existência de corrupção não pode ser alocada como uma saída para inverter uma situação desfavorável durante o processo arbitral, ou como justificativa para o não cumprimento de obrigações que foram estipuladas no contrato.

Aqui é fundamental ressaltar que em casos como o mencionado, é necessário que o árbitro tenha elementos concretos para a avaliação das alegações de corrupção, dentro da relação contratual, até mesmo nos casos em que o agente acaba se colocando em uma situação proposital para apresentar fatos ilícitos (Lamy, 2019). É o ponto que é preciso abordar sobre o ônus da prova em casos de alegação de corrupção, já que em linhas gerais o ônus é da parte que alega, com o fim de corroborar suas razões (Santos, s.d.). Já que diante da alegação de conduta de corrupção, inverter o ônus da prova, poderá ser desproporcional as partes.

Casos de conflitos que envolvem corrupção, podem sim ser solucionados por meio da arbitragem, ocorre que quando fica comprovado o ato em sede arbitral, o árbitro fica com a responsabilidade, diante do conhecimento das provas e fatos, que acabam noticiando um crime, de encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público para fins de eventuais apurações. Esse ponto vem sendo

discutido, já que há, inevitavelmente, quebra do curso sigiloso do processo arbitral.

Importante discorrer que são assuntos passíveis de análise e decisão arbitral, desde que o fim seja a solução do conflito existente entre as partes, ou pela nulidade do contrato, ou nulidade do ilícito ocorrido na execução do contrato, ou até mesmo para a validade do compromisso arbitral, com possibilidade de arbitragem contra a Administração Pública.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos desenvolvidos neste trabalho buscaram, antes de tudo, compreender que a Administração Pública pode e vem adotando novos pilares (arbitragem e *compliance*) em sua atuação no setor público, tendo preocupação por atos administrativos revestidos de probidade e moralidade administrativa, privando por uma gestão de boa governança.

Podemos dizer que os muros que protegem a corrupção vem sendo cada vez mais derrubados, e relacionar o sistema de *Compliance* com a arbitragem na Administração Pública, torna-se um tema de grande relevância jurídica, pois a base dele está entrelaçada com os princípios e valores constitucionais da moralidade e probidade administrativa, com o fim buscar solução de conflitos por meio da arbitragem, provenientes de contratos administrativos, trazendo, com isso, mais celeridade a demanda, proteção dos investimentos e da relações entre o particular e o ente público envolvidos na contratação.

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos, por meio de partes que sem construção colaborativa, mas tendo previsto a ocorrência de possível conflito, por meio de um contrato, comprometeram-se a submeter à arbitragem, ou por uma cláusula compromissória, ou convenção arbitral, com o fim dissolver seus litígios. Substituindo assim, o processo judicial, por um modelo mais flexível. A Administração Pública, está autorizada a firmar convenção de arbitragem e estar sujeita aos trâmites e efeitos da arbitragem.

Foi possível perceber com a pesquisa, que tanto a Arbitragem como o *Compliance*, são métodos que tem bases essenciais na prevenção e até mesmo solução de conflitos, são frentes importantes na administração da gestão de riscos jurídicos administrativos públicos e empresariais, cada um em sua vertente diferente. Mas com pontos importantes de contato dentro de uma frente negocial contratual. Principalmente quando se está diante de disputas em casos que a falta de *compliance*, descumprimentos de cláusulas de anticorrupção, se tornam a “causa de pedir” na arbitragem.

À vista do exposto é possível verificar que para a Administração Pública, dentro dos casos que o comportamento, a arbitragem é um método proeminente nas disputas contratuais envolvendo o setor público e particulares, sendo o foro onde os limites e o alcance dessa responsabilidade serão balizados, com o fim de solucionar conflitos.

E nesse processo o *compliance* é uma ponte que proporciona fundamentos fáticos e jurídicos que dará suporte às discussões arbitrais, que aqui, nesta pesquisa, está vinculado ao tema da corrupção em contratos que vem sendo executados por meio de atos corruptos.

Assim, tanto a arbitragem quanto o *compliance*, no interesse de manter para a Administração Pública Governança Corporativa, dentre ações e atividades pautadas em normas de boa governança, boa conduta, no setor público, são duas bases que servirão para prevenção e solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Guia de Implementação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais.** Orientações para a Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais. 2015. Disponível em:

[https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-](https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf)

[conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf](https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf). Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA- GERAL DA UNIÃO. **Manual para implementação de programas de integridade**. Brasília: CGU, 2017. *Ebook*.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o Caso da Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. SECRETARIA DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. **Manual de Integridade Pública e Fortalecimento da Gestão: Orientações para o Gestor Municipal**. Brasília: CGU, 2013. *Ebook*.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina: 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30360368.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

CARNEIRO, Claudio. **Compliance e boa governança: pública e privada**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 148.

CARNEIRO, Claudio. *Compliance na Administração pública: uma necessidade para o Brasil*. **RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. V. 3, n. 1, julho-dezembro 2016. Disponível em:

<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em: 01 jul. 2024.

DREHER, Axel; SCHNEIDER, Friedrich. Corruption and the shadow economy: na empirical analysis. **Public Choice**. 2010. DOI 10.1007/s 11127-009-9513-0. *Ebook*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Forense, 2018.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira, **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 1 nº 2. Novembro 2013, pp 11-31. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/68>. Acesso em: 30 jun. 2024.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Compliance e Arbitragem**. Coluna O Novo Processo Civil Brasileiro. 2019. Coord. Gilberto Bruschi. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/compliance-e-arbitragem>. Acesso em: 02 jul. 2024.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **R. bras. de Dir. Público – RBDP** | Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015. *Ebook*.

QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre Arbitragem e Administração Pública no Brasil. Brief notes on arbitration and State Entities in Brazil. **Revista de Arbitragem e Mediação** | vol. 59/2018 | p. 121 - 146 | Out - Dez / 2018. DTR\2018\22473

SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. PROVAS NO PROCESSO ARBITRAL. **Revista DIREITO MACKENZIE**. v. 7, n. 2, p. 22-39. Disponível em: <https://silo.tips/download/provas-no-processo-arbitral>. Acesso em: 01 jul. 2024.

SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro. Arbitration and Public Administration in Brazilian law. **Revista Brasileira da Advocacia** | vol. 9/2018 | p. 19 - 41 | Abr - Jun / 2018 DTR\2019\23988.

WALD, Arnaldo. A Interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 22 | p. 353 | Out / 2003. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 5 | p. 503 | Set / 2014 DTR\2003\517. *Ebook*