



Pmoc. 2165/17
PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE
GABINETE DO PREFEITO



PLL 240/17

Of. nº 149/GP

Câmara Municipal de POA 01/MAR/2019 11:18 000003059 Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2019.

Senhor Presidente:

**APREGOADO PELA
MESA EM 06 MAR 2019**

Comunico a Vossa Excelência e seus dignos Pares que, usando das prerrogativas que me conferem o inc. III do art. 94 e o § 1º do art. 77, todos da Lei Orgânica Municipal, decidi VETAR TOTALMENTE o Projeto de Lei nº 240/17, de iniciativa do Poder Legislativo, que “obriga as empresas, as instituições e as organizações, públicas, privadas ou não governamentais, que celebrarem contrato, convênio ou quaisquer instrumentos de vínculo formal com o Município de Porto Alegre para prestação de serviços ou fornecimento de produtos a apresentar o seu Código de Ética e Conduta”.

RAZÕES DO VETO TOTAL

Consideramos louvável o propósito do PLL 240/17, pois seu principal objetivo, conforme declarado pelo autor da proposta legislativa, é o cumprimento da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; sendo que também se depreende a preocupação do legislador em tentar resguardar o Município em suas contratações.

O PLL em comento obriga empresas, instituições e organizações que celebrarem contrato, convênio ou quaisquer instrumentos de vínculo formal com o Município de Porto Alegre para prestação de serviços ou fornecimento de produtos a apresentar um documento chamado “Código de Ética e Conduta”.

A Sua Excelência, a Vereadora Mônica Leal,
Presidente da Câmara Municipal de Porto Alegre.

VETO TOTAL



No entanto, a legislação federal sobre *compliance* (Lei nº 12.846, de 2013), que trata da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, já está devidamente regulamentada no plano municipal pelo Decreto nº 20.131, de 7 de dezembro de 2018, que assim dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Este Decreto regulamenta, no âmbito do Poder Executivo municipal, a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas, de que trata a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, pela prática de atos contra a Administração Pública Municipal.
(grifo nosso)

Ora, o Poder Executivo já cuidou de regular e dispor sobre as regras de *compliance* aplicáveis na esfera de relações contratuais com a Administração Pública municipal. Desse modo, já é fomentado no âmbito municipal regras típicas de *to comply*, ou seja: a atuação ética no meio negocial, conforme as normas legais e, ainda, atuando no monitoramento de atividades para prevenir possíveis desvios de conduta ou distorções.

Assim, decorre do decreto municipal já mencionado que os atos lesivos à Administração Pública, tais como: a promessa, oferta ou entrega de vantagem indevida a gente público; o patrocínio de atos ilícitos; a ocultação da identidade dos beneficiários dos atos praticados; a fraude de licitação pública ou contrato; e dificultar atos fiscalizatórios de órgãos públicos (todos previstos nos incs. do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013), são devidamente coibidos no âmbito municipal.

É que o Decreto nº 20.131, de 2018 prevê em seu art. 2º a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas com a aplicação das penas definidas no art. 6º da Lei Federal nº 12.846, de 2013, a saber:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).



§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Além disso, o Decreto Federal nº 8.420, de 2015 regulamentou a Lei nº 12.846, de 2013 na União, dispondo sobre o Programa de Integridade, onde prevê, no § 4º do seu art. 5º, a avaliação do código de ética e conduta quando houver necessidade de apuração de responsabilidade. *In verbis*:

Art. 5º

(...)

§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

(grifo nosso)

Tal regra foi repetida pelo Decreto nº 20.131, de 2018, de Porto Alegre, conforme se lê no comando de seu art. 18:

Art. 18 Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados em Regulamento do Poder Executivo Federal, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei Federal nº 12.846, de 2013, para subsidiar a dosimetria da multa a ser proposta.

(grifo nosso)

Isto posto, o regulamento federal (Decreto nº 8.420, de 2015) especifica o Programa de Integridade. Leia-se:

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, 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 detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.





Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;*
 - II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;*
 - III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;*
- (...)*

A previsão de um “código de ética”, ou na nomenclatura da legislação federal e municipal, programa de integridade, foi igualmente tratado no art. 35 do decreto municipal, *in verbis*:

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 35 Para fins do disposto neste Decreto, 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 detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as regras estabelecidas em regulamento do Poder Executivo Federal, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei Federal nº 12.846, de 2013.

Percebe-se que a legislação federal define que a apresentação do Programa de Integridade e a comprovação de sua utilização interna pela empresa pode servir como atenuante em eventual processo administrativo de apuração de responsabilidade. Ou seja, a *ratio* das normas gerais e específicas sobre *compliance* é que o Programa de Integridade (código de ética e conduta) se trata de uma faculdade e nunca uma obrigação às pessoas jurídicas.

Além do mais, a definição da obrigação genérica existente no PLL, qual seja, a apresentação compulsória de documento intitulado Código de Ética e Conduta por pessoas jurídicas reveste-se de uma forma frágil de prevenção, visto que o documento, elaborado pela empresa, terá pouco valor fático. Expliquemos essa última afirmação: é que não se trata da mera existência e apresentação de um “código de ética” que comprova que pessoas jurídicas



respeitam regras de conduta e *compliance*, mas sim a demonstração de que há, internamente, um respeito fático mediante procedimentos e diretrizes éticas que são respeitadas.

É preciso perceber que a mera apresentação de um “código” pela pessoa jurídica, sem qualquer forma de constatação de sua veracidade, contribui pouco para demonstrar seu respeito e procedimentos internos. Daí a necessidade de comprovação do respeito a regras de um código interno e a necessidade de análise da comissão processante, conforme determina o art. 18 do Decreto nº 20.131, de 2018 e o § 4º do art. 5º do Decreto Federal nº 8.420, de 2015, já transcritos acima, onde há previsão para a pessoa jurídica apresentar, em sua defesa, “informações e documentos referentes à existência e funcionamento de programa de integridade”.

Portanto, a legislação pátria já definiu que a existência de um “código de conduta” ou programa de integridade interno da empresa e poderá ser, inclusive, utilizado para exemplificar e comprovar sua conformidade com as diretrizes de *compliance*, apresentando-o em sua defesa na esfera administrativa. Porém, nunca será uma obrigação imposta pelo Poder Público.

Neste ponto, percebe-se que a lei federal e seu decreto regulamentador, assim como o decreto municipal, todos mencionados *supra*, não ousaram intervir na conduta interna de pessoas jurídicas, pois isso traria ofensa indelével ao Princípio da Livre Iniciativa.

Sob a ótica da constitucionalidade, cabe dizer que a livre iniciativa é princípio fundamental garantido no escopo do art. 1º de nossa Carta Magna, perfazendo um dos pilares de nossa sociedade e de estruturação da República, consoante se lê:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

(grifo nosso)

Qualquer ofensa contra a livre iniciativa atenta contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído pela atual Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta senda, a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre não possibilita, no exercício das competências privativas e de exercício da autonomia municipal (arts. 8º e 9º da LOM), ao Ente Federado Municipal interferir em quaisquer dos princípios fundamentais definidos pela Constituição.

De fato, mesmo que levássemos em conta o disposto no art. 30, inc. I, da Constituição da República, acerca da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local, forçoso concluir que há patente conflito dessa matéria aventada pelo legislador



municipal com o resguardo à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade profissional (arts. 5º, inc. XIII, 170 e 174) da Constituição da República, assim como das regras gerais de licitação pública, de cunho nacional.

Vejamos o que os citados artigos dispõem acerca dos princípios gerais da atividade econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
(grifo nosso)

A respeito do princípio da livre iniciativa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se pronunciou sobre a matéria repetidas vezes mediante julgados proferidos pelo Órgão Especial, valendo trazer à baila as considerações do Desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior, relator da Arguição de Inconstitucionalidade n. 70041210154, assim decidindo acerca do *thema, mutais mutandis*:

(...) É bem verdade que o princípio da livre iniciativa deve vigorar no caso concreto, não se podendo permitir que o Poder Público através de legislação imprópria interfira no campo do setor privado (...).
(grifo nosso)

E como bem asseverou a Procuradoria da Câmara de Vereadores no Parecer nº 592/17, relativo ao processo legislativo nº 2165/17, o conteúdo normativo do PLL “consubstancia interferência indevida em órgãos e entidades públicos dos diversos entes da Federação, e privados, extrapolando do âmbito de competência municipal e incidindo violação aos princípios do livre exercício da atividade econômica e livre iniciativa (CF, arts. 170, *caput* e parágrafo único, e 174)”.

Por outro lado, a Superintendência de Licitações e Contratos da Secretaria Municipal da Fazenda (SMF), ao analisar o PLL nº 240/17, salientou que a exigência de apresentação de Código de Ética e Conduta, ou mesmo uma declaração sobre sua conduta, poderá causar morosidade ao processo licitatório. E complementou asseverando que:



“A obrigatoriedade prevista no PLL 240/17 trará mais custos para as empresas (de todos os portes), sem considerar que será um documento a ser apresentado pelo fornecedor sem aplicação prática, pois a PMPA não terá como constatar, na prática, que as informações constantes no Código de Ética e Conduta (ou em uma declaração, caso previsto § 1º do Art. 1º) sejam, de fato, aplicadas.”

(grifado no original)

Na mesma senda, a Equipe de Convênios do Tesouro Municipal da SMF corroborou esse entendimento referente à morosidade do processo, “visto os prazos das etapas dos convênios, contratos de repasse e termos de compromissos serem bastante enxutos e, também, quanto à **inviabilidade de fiscalização em relação ao cumprimento ao descrito no código de ética encaminhado pela empresa a ser contratada**”.

Interessante destacar a preocupação da SMF, já referida nessa mensagem de veto, que não será a mera apresentação de um documento escrito que servirá para que as empresas adequem suas condutas às práticas de *compliance*.

Ora, para o comando do PLL ter o efeito pretendido, a PMPA deveria certificar-se que o “código de ética e conduta” apresentando pelas pessoas jurídicas referidas no art. 1º do PLL nº 240/17 são efetivamente respeitados e colocados em prática, para que a futura lei não restasse apenas como uma “letra morta” burocratizante apenas a obrigar a entrega de um documento. Mas isso exigiria esforços ao Poder Executivo e imporiam novas obrigações à administração pública municipal, e, por outro lado, não seria legal nem razoável tal intervenção na esfera interna das pessoas jurídicas.

E de todo modo, não é evidente a possibilidade do município alterar regras concernentes ao processo licitatório em geral, uma vez que a inexistência de tal documento não pode ensejar, por força da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exclusão de quaisquer concorrentes em licitações públicas, o que provocaria, sem dúvida, questionamentos judiciais e suspensão de processos públicos.

Ademais, a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa), trouxe importantes garantias ao microempreendedor, dentre elas a possibilidade de concorrer nas licitações até determinado valor de forma exclusiva e nas demais terem preferência. Logo, a forma como restou redigido o PLL nº 240/17, traria um grave risco às contratações do município, em especial aquelas concernentes a pequenas e microempresas, pois dificulta seu acesso a certames licitatórios do Poder Público, na medida em que determinar novas obrigações e exigências ao empreendedor.

Cabe referir que no relatório da Comissão de Economia, Finanças, Orçamento e do Mercosul (CEFOR), constou proposição de rejeição do PLL nº 240/17, em razão de aumento de custos desnecessários às empresas contratantes com a PMPA, devido à previsão

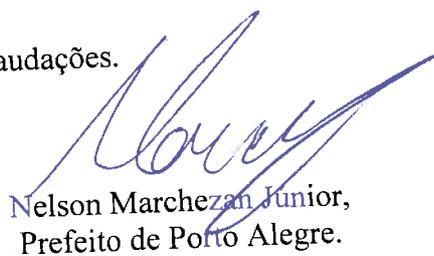


do § 2º do art. 1º, e da configuração de violação aos princípios do livre exercício da atividade econômica e livre iniciativa.

O princípio da livre iniciativa deve vigorar no caso concreto, não se podendo permitir que o Poder Público através de legislação imprópria interfira no campo do setor privado, muito menos para criar, consequência última do PLL, etapa burocratizante em processos administrativos, aumentando a ineficiência. E muito menos para sem consequência efetiva, visto que já há repetidas previsões na legislação da possibilidade das empresas utilizarem códigos de ética internos, não devendo o Poder Público imiscuir-se na esfera da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica para obriga-las a tanto.

São essas, Senhor Presidente, as razões que me levam a VETAR TOTALMENTE o Projeto de Lei nº 240/17, esperando o reexame criterioso dessa Casa, com a certeza de que os nobres vereadores, ao conhecerem dos motivos que me levaram a tal procedimento, reformularão seu posicionamento.

Atenciosas saudações.


Nelson Marchezan Junior,
Prefeito de Porto Alegre.