

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

**RELATÓRIO DE
DIAGNÓSTICO E ANÁLISE DE
RISCOS RELACIONADOS À
INTERAÇÃO COM O PODER
PÚBLICO**

Sumário:

I. Objetivos e metodologia do trabalho	2
II. Características, estrutura organizacional e relacionamento com o Poder Público	3
III. Cautelas a serem adotadas na interação com o Poder Público ..	6
III.a. Relacionamento pré-contratual.....	6
III.b. Relacionamento durante a execução contratual	13
IV. Conclusão e outros pontos de atenção	18

I. Objetivos e metodologia do trabalho

O presente relatório tem por objetivo apresentar análise sobre o relacionamento entre a Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia (“Fundace” ou “Fundação”) e a Administração Pública face normativos vigentes nas temáticas de ética e integridade, notadamente a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa e os dispositivos penais e administrativos da Lei de Licitações.

Nesse sentido, este estudo identificará eventuais riscos e pontos de atenção na interface da entidade com o Poder Público, centrando-se na avaliação dos principais núcleos de potenciais riscos éticos à instituição.

Para isso, partiu-se de avaliação das informações e documentos encaminhados pela Fundação ou obtidas em reuniões e entrevistas realizadas com seus colaboradores a respeito de sua forma de organização e relacionamento com o Poder Público.

Assim, no **Tópico II** desta análise são apontadas as características e a estrutura organizacional da Fundace, com identificação de suas principais vias de relacionamento com a Administração Pública. No **Tópico III** apontamos as principais cautelas e recomendações para mitigação de eventuais riscos nesse contato, especialmente considerando os cenários apresentados. Por fim, no **Tópico IV**, tecemos alguns comentários finais decorrentes da avaliação feita.

II. Características, estrutura organizacional e relacionamento com o Poder Público

A compreensão dos aspectos particulares de cada instituição é essencial para a identificação de eventuais riscos em suas atividades, ainda mais se tratando de temáticas de ética, integridade e anticorrupção.

Analisando especificamente a Fundace, constata-se pelos seus Estatutos que esta é organizada na forma de pessoa jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, sob a estrutura societária de fundação. Disso decorre que a entidade integra o Terceiro Setor, tendo atuação voltada a fins sociais.

No que se refere à sua organização interna, são órgãos da Fundação: Conselho Curador e a Diretoria. Esta é composta por um Diretor-Presidente, um Diretor Administrativo-Financeiro e um Diretor de Projetos, além de um Vice-Diretor Administrativo-Financeiro e um Vice-Diretor de Projetos. Hierarquicamente abaixo destes, há uma gerência, bem como três secretarias temáticas, quais sejam: (i) comunicação e desenvolvimento, (ii) cursos e (iii) administrativo-financeira.

Quanto ao quadro de funcionários, a Fundação agrega um total de 141 colaboradores. Dentro desse número, 30 são contratados por contrato individual de trabalho (CLT) e 37 por contrato de estágio, além de 74 membros associados.

Os objetivos e às finalidades da Fundace são os seguintes:

Artigo Segundo – A FUNDACE tem por objetivos:

- a) Colaborar, pelos meios adequados, com instituições públicas e privadas, em especial com institutos educacionais e com universidades, em programas de pesquisa e desenvolvimento a serem estabelecidos em colaboração com a Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo;
- b) Promover cursos, simpósios, seminários, conferências e estudos visando à crítica, ao aperfeiçoamento do ensino e à difusão dos conhecimentos pertinentes à Administração, Contabilidade e Economia;
- c) Fomentar a pesquisa e promover a divulgação de conhecimentos pertinentes à Administração, Contabilidade e Economia, pelos meios adequados, especialmente através da edição de publicações técnicas e científicas relativas à matéria;
- d) Realizar estudos, pesquisas e promover a prestação de serviços técnicos que atendam às necessidades dos setores público e privado, dentro dos princípios acadêmicos que permitam, simultaneamente, o atendimento dos demais objetivos e a formação de pessoal especializado;
- e) Instituir bolsas de estudo, estágios e proporcionar auxílio e assistência para realização de atividades concernentes à pesquisa e desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia.

Para execução dos referidos objetivos, a Fundação atua no setor privado, a partir de produtos e serviços educacionais e de assessoramento técnico derivado de atividades de extensão universitária. No âmbito desses trabalhos, a Fundace interage com órgãos e agentes públicos, técnicos e políticos, podendo tal interação ser resumida em três principais atividades:

- (i) Reuniões com agentes públicos para compreender as dificuldades e necessidades do Poder Público, a fim de eventualmente firmar contratação;
- (ii) Celebração de contratos com o Poder Público para oferecimento de cursos e treinamentos e/ou atividades de extensão universitária relativas a assunto econômico-financeiros e de gestão e administração, bem como execução desses contratos; e
- (iii) Participação e promoção de eventos que contam com a participação de agentes públicos.

No âmbito propriamente contratual, **a Fundace firmou diversos contratos envolvendo prestação de serviços ou de material à Administração Pública**, sendo alguns destes atualmente vigentes e outros com prazo já finalizado.

Passamos a abordar a seguir as situações mais expostas a eventuais riscos de ética e integridade, considerando as estratégias atualmente

adotadas pela Fundace para interação com o Poder Público e os relatos de reuniões e entrevistas, bem como as cautelas a serem adotadas.

III. Cautelas a serem adotadas na interação com o Poder Público

No tocante às atividades da Fundace, por potencialmente estarem expostas a situações-limite face interações com o Poder Público, sejam estas contratuais ou não, cabe o estabelecimento de recomendações e cautelas a fim de que sejam mitigados riscos de violação de preceitos éticos, de integridade e anticorrupção.

As orientações abaixo refletem posicionamentos pacíficos sobre os diferentes temas abordados e devem ser observadas por todos os colaboradores da Fundace.

III.a. Relacionamento pré-contratual

As interações com o Poder Público anteriormente a uma contratação (no que se englobam os eventos, as formações gratuitas e quaisquer tipos de mapeamento de oportunidades e oferecimento de produtos em reuniões) devem ser realizadas com zelo a fim de que não sejam confundidas com direcionamento indevido da Administração Pública para firmar uma parceria ou

contrato posterior com a Fundace. Isso é mais latente ainda considerando que a Fundação não apenas participa de licitações, mas também firma contratos diretos com o Poder Público, considerando a especialidade e as características únicas de sua atuação.

A contratação direta constitui oportunidade legítima para a Fundação diante da sua natureza jurídica e seus objetivos, mas é excepcional, na forma da lei, e por isso convém adotar cautela suplementar. Muito embora a Administração Pública deva, em princípio, celebrar contratos após a realização de procedimento licitatório, admite-se que alguns objetos contratuais e certas situações conduzam à contratação direta pelo Poder Público, o que é expressamente previsto pelos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 e pelos artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021.

A ausência de licitação, entretanto, não significa que os princípios da Administração Pública deixarão de ser aplicados na contratação direta, nem que o processo administrativo será dispensado¹. A esse respeito, o Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que:

¹ Nesse sentido, *vf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 390-391. Marçal Justen Filho inclusive destaca que “a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta atividade administrativa”.*

A falta desse processo prévio de justificação poderá ocasionar julgamento desfavorável pelo órgão de controle. Nesse sentido é o posicionamento do TCU, que possui jurisprudência consolidada contrária à contratação direta sem procedimento prévio: “Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso.”²

Aliás, assim como uma contratação por meio de licitação, o fato de as contratações diretas também serem realizadas por meio de um processo administrativo significa que elas possuirão tanto uma **fase pré-contratual**, na qual serão tomadas decisões administrativas acerca da realização da contratação, quanto uma **fase de execução**, que é caracterizada pela existência de um vínculo obrigacional entre o Poder Público e a contratada.

Por serem momentos distintos da relação entre as partes, tem-se que os riscos envolvidos diferem em função da situação analisada, ou seja, os riscos derivados do momento pré-contratual serão naturalmente diferentes dos que se encontrarão na fase da execução do contrato.

A respeito da fase pré-contratual, deve-se destacar que esta é marcada pela identificação da demanda governamental, a consequente

² TCU, Acórdão nº 994/2006, Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar, julgado em 21.06.2006.

definição do objeto da futura contratação, a escolha das soluções que serão buscadas, as estimativas de custo e disponibilidade de orçamento, a definição formal dos termos das propostas a serem apresentadas, entre outras atividades preparatórias³. Realizados os referidos atos, a Administração Pública procederá para a seleção propriamente dita, na qual será formalizado o contrato entre as partes.

Durante a fase pré-contratual ocorre uma série de comunicações internas entre os diferentes órgãos e setores da Administração Pública, com vistas a construir as principais definições e aprovações de que o projeto necessita para uma futura contratação. Em geral, são necessárias manifestações da entidade responsável pela demanda, da entidade responsável pela gestão dos recursos que serão necessários para fazer face à contratação, das entidades técnicas que realizam as compras no âmbito do ente e, frequentemente, do próprio Chefe do Executivo.

Ademais, a formalização dos contratos celebrados diretamente requer a apresentação prévia de informações específicas, como pareceres ou documentos técnicos, de modo a instruir o processo administrativo em questão

³ A respeito da diferença entre fase preparatória e interna de uma contratação direta e de uma licitação, Marçal Justen Filho destaca que “[A] diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta. Ainda assim, não se admitirá que a Administração simplesmente contrate, sem observância de outras formalidades”. *vf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 391.*

e, conseqüentemente, fornecer transparência e justificativas para a contratação. Os referidos requisitos, que são listados no art. 26 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, incluem a ratificação e a publicação da contratação pela autoridade superior, a divulgação da razão para a escolha do fornecedor ou executante e a explicação acerca do valor do preço estabelecido no contrato⁴.

Realizados os procedimentos da fase pré-contratual e observado os requisitos postos na legislação, o contrato será realizado entre o Poder Público e o particular sem a realização prévia de uma licitação e passar-se-á para o momento da gestão contratual.

Vale ressaltar que, além da obrigação de instauração de um processo administrativo para a contratação direta, o Poder Público deve observar os princípios da Administração Pública previstos pelo art. 37 da Constituição Federal⁵. Especificamente, devem ser seguidos os princípios da impessoalidade,

⁴ Lei nº 8.666/1993: “Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

⁵ A respeito da aplicação dos princípios constitucionais na contratação direta, Marçal Justen Filho afirma que “[A] contratação direta não autoriza a atuação arbitrária da Administração. No tocante ao princípio da isonomia, isso significa que todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade. Ao escolher um sujeito específico e com ele contratar, a decisão administrativa deverá ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis

da publicidade e da moralidade, o que torna obrigatória a divulgação e justificação da contratação direta.

Assim, considerando que a contratação direta deve ser precedida por um processo administrativo realizado em consonância com princípios da Administração Pública e os dispositivos supracitados da legislação federal, vale destacar as seguintes situações que poderão ser vivenciadas pela Fundace nesta fase pré-contratual e os riscos que elas apresentam:

- Agendamento de reuniões
- Negociação de proposta
- Participação em eventos diversos
- Organização de eventos gratuitos
- Oferecimento de almoços, jantares ou deslocamentos
- Oferecimento de presentes e brindes
- Uso dos canais de comunicação

A partir das situações expostas, deve-se destacar principalmente o risco substituição da Administração Pública na tomada de decisão a respeito da realização a contratação, da delimitação do objeto ou da definição de suas especificações técnicas. **As informações prestadas pela Fundação não podem, em nenhum momento, se confundir com as prerrogativas exclusivas do Poder Público.**

com a isonomia"., **vf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 393.**

A elaboração de um edital de licitação ou do procedimento de contratação direta é atividade exclusiva da Administração, e não pode ser suprida pela Fundace. Isso não exclui, obviamente, a interação com o Poder Público e a prestação de informações para que este realize suas atividades. Do mesmo modo, tem-se que a Fundação não deve, em hipótese alguma, participar da **tomada de decisão acerca da contratação**, visto que isto se trata de uma competência exclusivamente estatal.

De modo a mitigar e neutralizar os riscos apontados, sugere-se a adoção das seguintes medidas pela Fundace:

- Realização de reuniões na sede do Poder Público, agendadas por meio dos canais oficiais de comunicação, constando da agenda oficial do agente público e com registro ou ata posterior, se possível. Se também for viável, o ideal é que mais de um representante da Fundação participe do encontro.
- Adoção de postura de ouvinte do agente público em grande parte do tempo.
- Indicação ao agente público de que é possível solicitar contribuições da iniciativa privada para a tomada de decisão, como por meio de chamamentos públicos, audiências ou consultas públicas.
- Oferecimento de informações gerais sobre melhores práticas em contratações públicas, como, por exemplo, as posições da jurisprudência sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou exemplos de sucesso de outras entidades públicas, contatos de administradores ou gestores públicos que tenham mais conhecimento ou que tenham vivido situação semelhante etc.

- Atuação conforme os preceitos éticos e de integridade constantes do Código de Integridade e das políticas do Programa de Integridade em quaisquer eventos ou reuniões, sem oferecer nenhum tipo de vantagem em troca de algo ou condicionada a qualquer tipo de vantagem em relação à Fundace.
- A eventual realização de despesas (custeio do café ou transporte dos agentes públicos) deverá estar estritamente relacionada à visita e deverá ser institucionalmente razoável.
- Oferecimento de almoços, jantares ou deslocamentos devem ser feitos estritamente conforme os preceitos e limites do Programa de Integridade para este tipo de atividade e em sintonia total com fins lícitos e institucionais.
- Oferecimento de presentes e brindes produzidos e distribuídos de forma generalizada e institucionalizada, respeitando-se os preceitos do Programa de Integridade.
- Uso preferencial dos canais oficiais de comunicação.

Adotadas as medidas expostas, a Fundace agirá da forma mais prudente possível diante dos riscos que derivam naturalmente do contexto de negócios no qual ela se insere. Atitudes que divirjam das recomendações apresentadas podem ensejar desconfiança perante a Administração Pública e – ainda pior – gerar repercussões negativas perante os órgãos de controle.

III.b. Relacionamento durante a execução contratual

Uma vez celebrado o contrato entre o Poder Público e a Fundace, o cenário já é outro e, conseqüentemente, as situações de risco a serem enfrentadas são diferentes. Ainda que seja necessário adotar condutas e posturas que não contrariem os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a preocupação com o processo administrativo de contratação é substituída por outros fatores na fase de execução do contrato.

Via de regra, toda relação entre a Administração Pública e seu contratado estará regulada no contrato firmado. Nele constarão as condições de execução das obrigações contratuais de cada uma das partes, a forma de registro e fiscalização das atividades realizadas, comunicação entre as partes, fatura e forma e procedimentos para pagamento.

Adjudicado e assinado o contrato, a relação entre o Poder Público e a entidade contratada passa a ser aquela entre contratante e contratado. O relacionamento entre as partes passa a ser marcado pela existência de direitos e deveres decorrentes do contrato assim como pela disponibilização de meios legais para o cumprimento das obrigações contratuais.

No caso do fornecimento de serviços, a sua prestação dará ensejo aos pagamentos dos valores devidos. Para sua efetivação, tem-se, inicialmente, que a despesa a ser realizada por meio do contrato deverá constar da correspondente Lei Orçamentária Anual e, a depender do valor do contrato, deverão ser observadas as formalidades de submissão do contrato ao Tribunal de Contas competente.

Cumpridos tais requisitos, a Administração deverá observar os procedimentos de execução de orçamento previstas na Lei nº 4.320/64, a qual prevê as fases de empenho, liquidação, ordenação do pagamento e efetivação do pagamento como etapas necessárias à execução das despesas.

Deve-se notar, entretanto, que a maior parte da legislação que poderá ser aplicada durante a execução do contrato tem como foco a atuação dos agentes públicos. Da mesma forma, a maior parte das ações que podem ser tomadas a fim de se garantir a legalidade e regularidade dos procedimentos estão sob responsabilidade e iniciativa da Administração e, portanto, fora do escopo de atuação dos agentes privados.

Ainda assim, tendo em vista ser possível que os agentes privados sejam atingidos por uma possível ilegalidade ou irregularidade nesses procedimentos, torna-se necessária sua atuação na verificação da regularidade não apenas de atos, mas também dos procedimentos nos quais está inserido, incluindo aí a atuação dos agentes públicos.

Assim, todos aqueles que lidam ou virão a lidar com o contrato administrativo e recursos públicos derivados (consoante áreas apontadas no tópico anterior) devem atentar-se aos princípios previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal – i.e. legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, que devem orientar o seu comportamento. Da mesma maneira, devem ser evitadas a prática de atos – ou o contato com atos praticados por agentes públicos – que se assemelhem às infrações previstas na legislação.

São atividades comuns no desempenho dessas funções e que devem observar estritamente as disposições do Código de Integridade por exporem o colaborador e a Fundação a situações de risco de questionamentos ou mesmo de irregularidades:

- Gestão do contrato para garantir sua regularidade;
- Fiscalizações e monitoramento das atividades;
- Pedidos de pagamento de serviços estranhos ao contrato

Convém, por isso, que o Código de Integridade dê solução ou encaminhamento para esse tipo de risco, fornecendo subsídios para que os funcionários que se vejam expostos a tais pedidos saibam claramente o que fazer, ou a quem se reportar no sentido de obter informação do que é respaldado ou censurado pelo Programa de Integridade. Sugerimos assim os seguintes pontos para mitigação de riscos:

- Caso haja necessidade de solicitar à Administração Pública a realização de atos de sua competência durante a execução do contrato, é recomendável que a solicitação seja documentada via correspondência escrita e formalmente endereçada. Caso se trate de assunto discutido em reunião, é ideal a documentação formal do quanto debatido.
- Diante de uma solicitação impositiva do gestor público para prorrogação contratual, sem considerar a legislação e/ou contrato, negar a realização ou atendimento das condições irregularmente exigidas.

- Caso solicitado por algum gestor público pedido de contribuições para campanhas políticas ou partidos políticos, a contribuição deve ser negada, considerando aquilo que dispõe o Código de Integridade.
- Diante de qualquer solicitação ou indício, negar entrega de vantagens indevidas.
- Diante de uma solicitação de pagamento de serviços de terceiros estranhos ao contrato firmado, negar o pagamento de serviços que serão prestados para a Administração Pública ou para agentes públicos.
- Diante de uma solicitação informal para patrocínios, requisitar o envio de pedido formal da Administração Pública para tal, contendo os objetivos do evento e a solicitação do patrocínio.

Ademais, cabe acrescentar que o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, dispõe, em seu art. 18, V, que as multas aplicadas às pessoas jurídicas que praticarem os atos ilícitos previstos por ela serão reduzidas caso a empresa sancionada possua um Programa de Integridade. Portanto, além de todas as recomendações realizadas, tem-se que a própria adoção do Programa de Integridade é também uma essencial medida mitigadora de riscos.

IV. Conclusão e outros pontos de atenção

O presente relatório objetivou analisar os principais riscos envolvidos no trato com a Administração Pública, tendo em vista a relevância das contratações com o Estado na atuação da Fundace. A análise se subdividiu entre riscos atinentes à fase pré-contratual, com foco especial para as situações de contratação direta, e riscos relativos à fase de execução dos contratos administrativos.

Para além da exposição dos riscos inerentes e potenciais provenientes desses tipos de negócios, o relatório arrolou as precauções consideradas como melhores práticas para prevenção, mitigação e gestão de tais riscos. O cumprimento de tais medidas pela Fundação e seus colaboradores colocam a Fundace na posição de maior prudência possível diante dos riscos que derivam naturalmente do contexto de atividade no qual ela se insere, razão pela qual deverão estar refletidos no seu Código de Integridade.

Para além desse tema de relacionamento com o Poder Público, o Programa de Integridade também deverá abordar temas como: (i) o tratamento de dados pessoais, em conformidade com as disposições da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados; e (ii) a prevenção e repressão ao assédio e demais condutas discriminatórias, especialmente considerando a atuação da Fundace no oferecimento de cursos. \