

SELF-CLEANING: A REABILITAÇÃO DE EMPRESAS IMPEDIDAS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES NO BRASIL

Rafael Wallbach Schwind¹

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 2. O conceito de *self-cleaning*. 3. Os objetivos das medidas de *self-cleaning*. 4. Possíveis críticas ao *self-cleaning*. 5. O *self-cleaning* como mecanismo para promover determinados valores. 6. Impossibilidade de exclusão de empresas que tenham adotado medidas de *self-cleaning*. 7. *Self-cleaning* e o princípio da proporcionalidade. 8. A aplicação das medidas de *self-cleaning* de acordo com a Diretiva nº 2014/24. 9. A definição das medidas em cada caso concreto. 10. Critérios para a avaliação das medidas de *self-cleaning*. 11. O direito a uma análise motivada das medidas adotadas. 12. Aproximação com o direito brasileiro. 13. Encerramento. Referências.

RESUMO: A legislação brasileira anticorrupção e as regras de licitações no Brasil impõem, numa variedade de casos, o impedimento à participação em licitações pelo prazo de dois a dez anos quando o agente econômico é acusado da prática de atos de corrupção. Em várias situações, o Judiciário e a Administração Pública, incluindo as autoridades antitruste, impõem sanções de suspensão sem uma preocupação muito clara com os efeitos anticompetitivos de se proibir a participação em licitações. Até agora, a abordagem relacionada ao impedimento à participação em licitações tem sido estritamente punitiva, desprezando-se o propósito de se prevenir condutas futuras. Preocupa-se apenas com a retribuição pelas condutas ilícitas praticadas. Este artigo pretende identificar os traços fundamentais da noção europeia do *self-cleaning* (autossaneamento), que permite que uma empresa volte a participar de licitações desde que tenha tomado providências que a tornem confiável novamente. O objetivo é testar sua aplicação no Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Autossaneamento. *Self-cleaning*. Licitações. Anticorrupção. Suspensão. Inidoneidade. Concorrência.

ABSTRACT: Brazil's anticorruption and debarment rules impose in a variety of cases, ranging from two to ten years. In many situations, courts and government agencies, including antitrust authorities, impose suspension sanctions without a clear concern for the anticompetitive effects of preventing

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting scholar na Universidade de Nottingham, Inglaterra. Autor e coordenador de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Administrativo e Direito Econômico. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná – CAMFIEP e da Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina – CAMESC. Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília.

otherwise efficient and skillful companies to take part in public tenders. Until now, the approach to debarment in Brazil has been strictly punitive and has disregarded its purpose as prevention of future harm to government interests, not (only) as retribution for past wrongdoings. This article intends to identify the fundamental traits of the European notion of *self-cleaning* to test its application under existing Brazilian law.

KEYWORDS: Self-cleaning. Public procurement. Anticorruption. Debarment. Competition.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Vem sendo discutido no Brasil como lidar com situações nas quais empresas que basicamente travam relações contratuais com a Administração Pública são impedidas de participar de licitações em virtude de acusações de corrupção. Nesses casos, o impedimento à participação em licitações equivale a uma verdadeira pena de morte a tais empresas.

Por um lado, é necessário combater práticas de corrupção e penalizar aqueles que atuam em desconformidade com a lei. Isto é inquestionável.

Contudo, deve haver uma preocupação com os efeitos sociais e econômicos derivados da aplicação dessas penalidades, inclusive para o próprio poder público – que, com a diminuição do número de concorrentes, tem reduzidas as chances de realizar uma contratação mais vantajosa.

É imprescindível encontrar soluções fundadas no princípio da proporcionalidade, que permitam o combate à corrupção e, ao mesmo tempo, proporcionem os mesmos objetivos buscados com a aplicação de penalidades – mas sem comprometer a atividade econômica das empresas.

Uma possível solução consiste na figura do *self-cleaning*, do direito comunitário europeu.

Por meio do *self-cleaning*, uma empresa acusada da prática de atos ilícitos pode promover determinadas medidas de autossaneamento, de modo a “limpar-se” e, assim, passar a ser um agente econômico confiável e passível de travar relações contratuais com o poder público.

2. O CONCEITO DE SELF-CLEANING

Apesar de prever a possibilidade de os agentes econômicos que praticaram irregularidades terem suspenso o seu direito de

participar de licitações e contratos públicos, o direito comunitário europeu contempla também a figura do *self-cleaning*.

A ideia geral do *self-cleaning* é que um agente econômico poderá readquirir o direito de participar de licitações e de firmar contratos públicos caso demonstre que adotou medidas efetivas para assegurar que os atos irregulares praticados no passado não mais ocorrerão no futuro.

Evidentemente, não é possível fixar em abstrato quais seriam as medidas necessárias e adequadas para que o interessado possa promover esse autossaneamento. Isso dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, levando-se em conta a gravidade do ato praticado, a sua duração, a sua eventual recorrência e o seu impacto econômico. Entretanto, tais medidas envolverão normalmente (i) o esclarecimento dos fatos e das circunstâncias relacionadas às irregularidades, (ii) a reparação dos danos causados, (iii) a adoção de medidas relacionadas ao pessoal que atua em nome da empresa e (iv) a adoção de medidas estruturais e de organização interna pela empresa.

O racional do conceito de *self-cleaning*, portanto, consiste em permitir uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a Administração Pública caso tomem determinadas medidas.

Dessa forma, uma empresa que em tese poderia ser impedida de participar de procedimentos de contratação pública em virtude de ter se envolvido com práticas criminosas ou em ilícitos administrativos poderá ser admitida nos procedimentos licitatórios caso tenha tomado todas as medidas necessárias para assegurar que não incorrerá mais nas condutas reprováveis que praticou no passado.

O *self-cleaning*, portanto, parte da ideia de que existe uma forma alternativa para se lidar com situações que conduziram em tese à exclusão de um licitante. Em vez de se promover a sua exclusão, o que seria potencialmente danoso em termos concorrenciais e sociais, estabelece-se que as autoridades adjudicantes têm o dever de avaliar se os interessados adotaram certas medidas que, em última análise, tenham sido eficazes em restabelecer a sua confiabilidade perante a Administração Pública.

3. OS OBJETIVOS DAS MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

Poder-se-ia argumentar que as medidas de *self-cleaning* inviabilizariam os objetivos que são buscados com a exclusão ou suspensão de licitantes que praticaram atos irregulares. Assim, todo o sistema baseado no incentivo à integridade ficaria comprometido.

Entretanto, entende-se que as medidas de *self-cleaning* na realidade são capazes de promover justamente os mesmos propósitos que são buscados pelas suspensões e exclusões de licitantes.

O objetivo de proteger os recursos públicos e outros interesses na performance de contratos públicos depende de se criar um ambiente em que a Administração Pública contrate apenas agentes econômicos confiáveis. Esse objetivo pode ser atingido também por meio da adoção de mecanismos de *self-cleaning*. Se uma empresa adotou medidas efetivas para a sua reabilitação, pressupõe-se que ela tenha voltado a ser um agente econômico confiável, não mais se justificando a sua suspensão ou a exclusão do direito de participar de licitações e firmar contratos públicos. Afinal, a empresa terá se desvinculado das pessoas envolvidas com os atos irregulares, terá recomposto os prejuízos causados e terá adotado os mecanismos de pessoal e organizacionais necessários para garantir que os atos ilícitos do passado não se repitam novamente no futuro. Nessa situação, o agente econômico deverá ser considerado confiável para o fim de participar de licitações e firmar contratos com o Estado.

O mesmo ocorre em relação ao objetivo de se prevenir a corrupção e outros comportamentos indesejáveis. Se a empresa adotou mecanismos de pessoal, promoveu medidas adequadas de *compliance* – tais como haver dado informações adequadas ao seu pessoal a respeito das políticas da empresa nas licitações públicas, formulado regras de conduta e de transparência para a prevenção de atos de corrupção, estabelecido um programa de integridade adequado, criado um cargo de *compliance officer*, entre outras –, não haverá razão para questionar a confiabilidade da companhia. Ela contará com instrumentos de controle interno que inclusive poderão ser mais eficientes do que aqueles existentes em empresas que nunca foram condenadas por nenhuma conduta irregular ou ilícita. Logo, não haveria motivo para sua exclusão de possíveis licitações públicas e contratos com o Estado.

4. POSSÍVEIS CRÍTICAS AO *SELF-CLEANING*

Poder-se-ia dizer que as medidas de *self-cleaning* acabariam encorajando os agentes econômicos à prática de ilícitos, uma vez que as medidas de autossaneamento seriam uma solução fácil em caso de constatação de ilegalidades.

No entanto, tem-se muito claro no direito comunitário europeu que a realização das medidas de *self-cleaning* requer um investimento muito grande de tempo e de recursos para a sua execução, sem nenhuma garantia prévia de que elas venham a ser aceitas no futuro pelas autoridades adjudicantes. Assim, a admissão do *self-cleaning* não encorajaria as empresas a praticarem atos ilícitos, apenas incentivaria tais agentes a reconhecer que praticaram ilegalidades e a adotar medidas que impeçam que elas ocorram novamente no futuro.

5. O *SELF-CLEANING* COMO MECANISMO PARA PROMOVER DETERMINADOS VALORES

O objetivo de promover valores importantes à União Europeia também pode ser atingido pelas medidas de *self-cleaning*.

À medida que um agente econômico adota medidas concretas e eficientes para promover o seu autossaneamento, passa-se uma mensagem clara ao mercado de que a atuação econômica somente é legítima e aceitável se forem observados valores – como o da integridade.

Além disso, as medidas de *self-cleaning* podem assegurar que haja justa competição entre as empresas. Isso porque os agentes econômicos que adotarem medidas de autossaneamento terão de compensar os prejuízos causados e ainda deverão promover medidas que consomem tempo e recursos significativos para garantir que recuperaram a sua confiabilidade. Portanto, as medidas de *self-cleaning*, num certo sentido, fazem com que as vantagens ilegalmente obtidas no passado sejam compensadas.

Por fim, as medidas de *self-cleaning* também auxiliam na percepção perante os cidadãos de que as licitações são o modo mais legítimo em regra de se realizar contratações públicas. Isso porque tais medidas se destinam justamente a garantir que os procedimentos licitatórios sejam realizados de forma idônea, com empresas confiáveis, que dispõem de mecanismos efetivos para

impedir que ilícitos cometidos no passado se repitam novamente no futuro.

6. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE EMPRESAS QUE TENHAM ADOTADO MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

Partindo-se da conclusão inicial de que as medidas de *self-cleaning*, desde que efetivas e compatíveis com cada caso concreto, são suficientes para garantir que haja maior integridade nos procedimentos de contratações públicas, entende-se no direito comunitário europeu que as autoridades adjudicantes dos Estados-membros não podem excluir de seus procedimentos os agentes econômicos que tenham adotado medidas adequadas de autossaneamento. A exclusão desses interessados, mesmo quando as medidas de *self-cleaning* tenham sido bem-sucedidas, seria uma violação direta ao princípio da proporcionalidade.

7. *SELF-CLEANING* E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina aponta que o conceito de *self-cleaning* deriva diretamente do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é previsto no artigo 5, seção 3, do Tratado da União Europeia. Ele estabelece que as ações adotadas pela União Europeia não devem ir além do necessário para atingir os objetivos buscados.

Em diversas ocasiões, a Corte Europeia de Justiça ressaltou o princípio da proporcionalidade como sendo um dos princípios gerais da comunidade. A Corte já estatuiu, por exemplo, que as proibições de atividades econômicas são aceitáveis apenas quando forem apropriadas e necessárias ao atingimento de um objetivo legitimamente perseguido pela legislação. Assim, quando é possível escolher entre diversas medidas, deve-se optar pela menos onerosa, de modo que as desvantagens causadas não sejam desproporcionais em relação aos objetivos buscados.

O conceito de *self-cleaning* apresenta forte relação com o princípio da proporcionalidade. Se uma empresa adota medidas de autossaneamento efetivamente capazes de fazer com que os atos reprováveis praticados no passado não ocorram mais no futuro, seria desproporcional que essa empresa continuasse impedida de participar de procedimentos de contratação pública. Os objetivos buscados com a exclusão já terão sido atingidos plenamente com

as medidas de *self-cleaning*. A empresa não representará mais um risco à Administração Pública.

8. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE *SELF-CLEANING* DE ACORDO COM A DIRETIVA Nº 2014/24

A aplicação do conceito de *self-cleaning* no direito comunitário europeu é tratada pela Diretiva nº 2014/24, que ainda demanda uma análise mais aprofundada.

Mas quais seriam as medidas de *self-cleaning* que, postas em prática pelas empresas, poderiam justificar o afastamento de uma penalidade de suspensão do direito de participar de licitações e de firmar contratos com a Administração Pública?

Na realidade, é impossível estabelecer “em tese” quais seriam as medidas suficientes em todo e qualquer caso. O conteúdo efetivo das medidas de *self-cleaning* dependerá de cada caso concreto, devendo-se levar em consideração a gravidade da conduta praticada, a sua duração, a sua recorrência, o seu impacto econômico e a adequação das medidas adotadas pela empresa à luz das peculiaridades do caso em questão.

O aspecto central é que as medidas de *self-cleaning*, em todos os casos, devem tornar o mais difícil possível a recorrência dos atos delituosos. Não se trata de instituir a impunidade, e sim de exigir a adoção de medidas eficazes que permitam restaurar a confiança que se espera de uma empresa séria.

Em regra, essa confiabilidade das empresas de modo a poderem voltar a participar de licitações será alcançada por meio de quatro medidas concretas que são previstas expressamente na Diretiva.

8.1. Esclarecimento dos fatos

Um dos requisitos que a Diretiva nº 2014/24 prevê para o *self-cleaning* da empresa é o de que ela deve provar que “esclareceu integralmente os fatos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis” pela investigação.

Isso significa que a empresa deverá contribuir com os procedimentos de investigação, de modo a esclarecer os fatos praticados e as responsabilidades de todas as pessoas envolvidas, de maneira compreensível e do modo mais rápido possível.

O esclarecimento completo dos fatos é necessário inclusive para que se possa dimensionar adequadamente quais serão as medidas de *self-cleaning* apropriadas. Sem o esclarecimento do que realmente ocorreu, as medidas subsequentes de *self-cleaning* não teriam embasamento factual e não se poderia dar crédito a elas como um esforço efetivamente eficaz de eliminação da ocorrência de práticas delituosas.

Dentre as atividades relacionadas ao esclarecimento dos fatos, há dois precedentes interessantes da Alemanha em que se optou pela realização de auditorias especiais por contadores públicos ou terceiros independentes. De todo modo, em regra não é obrigatório que haja um auditor independente. O fundamental é que a empresa colabore efetivamente com as autoridades encarregadas das investigações, de modo que todos os fatos e responsabilidades sejam de conhecimento por essas autoridades.

8.2. Reparação dos danos

O segundo requisito das medidas de *self-cleaning* previsto na Diretiva nº 2014/24 é o de que o interessado “deve provar que ressarcir ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave”. Assim, uma vez esclarecidos os fatos e circunstâncias que ocorreram, o interessado deverá adotar medidas destinadas a ressarcir os prejuízos que causou.

Há, portanto, uma preocupação com que o interessado recomponha os prejuízos que causou com sua atuação irregular. Num certo sentido, o ressarcimento dos danos não diz respeito apenas aos que foram prejudicados. O ressarcimento é relevante também para que a empresa recupere a sua confiabilidade. Se o interessado não promover o ressarcimento dos danos que causou, terá sido beneficiado indevidamente.

Além disso, o ressarcimento integral dos danos tem um efeito preventivo perante a própria empresa e frente ao mercado como um todo. Qualquer agente econômico saberá que não basta promover certas medidas de *self-cleaning* para escapar de uma possível exclusão. O ressarcimento dos danos também deverá ocorrer em qualquer caso.

Note-se, contudo, que a regra não prevê que o ressarcimento deve necessariamente ser prévio à reabilitação da empresa. Admite-se também que a empresa prove que “tomou medidas para ressarcir” eventuais danos. A doutrina especializada não chega a esclarecer o

que significa essa previsão, mas o fato é que, se a regra contempla duas realidades distintas (ressarcimento e tomar medidas para ressarcir), é porque pretendeu tratar de situações diversas.

A Diretiva também não esclarece qual a extensão do ressarcimento – por exemplo, se basta o ressarcimento da Administração Pública, se concorrentes eventualmente prejudicados terão de ser ressarcidos, e assim por diante.

Por fim, há uma observação de caráter lógico. O ressarcimento somente será exigido para que haja o autossaneamento do interessado nos casos em que o agente econômico efetivamente causou um dano. Na ausência de danos, não há o que ressarcir.

8.3. Medidas de pessoal

Para que ocorra o *self-cleaning*, a Diretiva estabelece também que o interessado deverá provar que tomou “medidas concretas (...) de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves”.

A adoção de medidas relacionadas ao pessoal da empresa é extremamente difícil, mas fundamental para os processos de *self-cleaning*. Na prática, isso significa que a empresa será obrigada a desligar os seus acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática de atos delituosos. Esse desligamento deverá ocorrer de forma imediata e de modo que as pessoas que forem desligadas compreendam o motivo de tal ato.

Essas medidas de pessoal significam que, para promover o seu autossaneamento, a empresa terá de se assegurar que todas as pessoas envolvidas com a prática de atos fraudulentos realmente foram desligadas da companhia de acordo com as previsões trabalhistas, caso aplicáveis.

No caso de acionistas, a empresa deverá se assegurar de que tais pessoas serão impedidas de ter qualquer influência na condução dos negócios da companhia. Esse tipo de influência pode derivar, por exemplo, de acordos firmados entre o acionista afastado e seus sucessores – que podem permitir de algum modo que o acionista afastado tenha certos poderes de ingerência sobre a empresa.

Nos casos em que a participação da pessoa foi menor (por exemplo, se ela apenas tinha ciência dos fatos e adotou condutas periféricas), medidas mais brandas poderão ser adotadas, tais como uma simples reprimenda.

8.4. Medidas estruturais e organizacionais

A quarta medida para a reabilitação do agente econômico consiste em provar que “tomou as medidas concretas técnicas, organizativas (...) adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves”.

Isso significa que, além de lidar com o ressarcimento de prejuízos que causou no passado e de prever medidas de pessoal no presente, o interessado deverá estabelecer medidas voltadas para o futuro. As autoridades adjudicantes somente considerarão que as medidas de *self-cleaning* são suficientes se forem adotadas medidas estruturais e organizacionais pela companhia, as quais deverão se voltar à prevenção da ocorrência de atos delituosos similares no futuro.

Há uma grande variedade de medidas cabíveis. Podem compreender, por exemplo, a realização de treinamentos *in-house* com membros de seus quadros de funcionários e colaboradores e a formulação de regras internas de conduta que se destinem à prevenção da ocorrência de atos delituosos – as quais deverão igualmente contemplar sanções em caso de transgressão. Essas regras internas de conduta podem, por exemplo, estabelecer padrões de comportamento que sejam adotados pelos funcionários nos casos de haver algum contato suspeito. Inserem-se aqui, portanto, os programas de *compliance*.

Outras medidas de organização da empresa podem envolver, por exemplo, o estabelecimento de um sistema duplo de controle e até mesmo a previsão de um rodízio de empregados em seus quadros – ao menos nos departamentos em que o pessoal tenha maior probabilidade de se envolver com atos de corrupção.

Há também a possibilidade de se adotar outras medidas preventivas, tais como o estabelecimento de um responsável pelo *compliance* da empresa (*compliance officer*), interno ou externo à companhia, e a nomeação de um *ombudsman*, que poderá ser acionado por eventuais delatores de práticas criminosas.

9. A DEFINIÇÃO DAS MEDIDAS EM CADA CASO CONCRETO

Apesar de a Diretiva estabelecer o conteúdo geral das medidas de *self-cleaning*, é possível que algumas delas não sejam aplicáveis no caso concreto.

Um exemplo disso já foi mencionado acima. Se o ato praticado pelo agente econômico não gerou prejuízo a ninguém, ainda que ele seja reprovável, não haverá reparação de danos a ser feita.

Outro exemplo muito claro é o da empresa que foi excluída por não ter cumprido determinada obrigação de natureza laboral. Nesse caso, não há motivo para exigir que ela adote determinados mecanismos de *compliance* se a sua falha não tem propriamente relação com atos ilegais de corrupção ou similares.

10. CRITÉRIOS PARA A AVALIAÇÃO DAS MEDIDAS DE SELF-CLEANING

A Diretiva estabelece que “as medidas tomadas pelos operadores econômicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida”.

Portanto, são pelo menos dois critérios a serem levados em conta pelas autoridades na avaliação das medidas de *self-cleaning*: a gravidade do ato praticado pelo agente econômico e as circunstâncias específicas da infração ou falta cometida. Não há, portanto, um modelo padrão de medidas de *self-cleaning* que seria aceitável em todos os casos.

A gravidade do ato praticado influencia diretamente nas medidas de *self-cleaning*. Em geral, quanto mais graves os atos ilícitos que foram cometidos pelo agente econômico, mais abrangentes deverão ser as medidas de *self-cleaning* para que a empresa efetivamente volte a ser considerada um operador confiável. A gravidade dos atos é um indício de que são necessárias medidas mais drásticas de autossaneamento.

As medidas de *self-cleaning* também serão o resultado direto das circunstâncias específicas da infração ou falta cometida. Isso ocorre porque há uma grande variedade de condutas que podem levar um agente econômico a ser excluído dos procedimentos de contratação pública. Algumas consistem em meras faltas na execução de obrigações contratuais ou legais. Outras são práticas criminosas. Mesmo entre essas últimas, existem diversas condutas diferentes que podem conduzir à exclusão do agente econômico. Sendo assim, é evidente que o conteúdo das medidas de autossaneamento deverão levar em conta quais foram efetivamente as circunstâncias em que o agente praticou os atos irregulares.

11. O DIREITO A UMA ANÁLISE MOTIVADA DAS MEDIDAS ADOTADAS

A Diretiva ainda estabelece que “Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador econômico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão”.

Há, portanto, um dever de motivação do ato de análise das medidas de *self-cleaning*. A autoridade competente para analisar as medidas adotadas pelo agente econômico não poderá rejeitá-las de modo não fundamentado.

Além de se tratar de uma questão de transparência, a exposição dos motivos da decisão que analisou as medidas de *self-cleaning* não deixa de ter um efeito pedagógico. O interessado deve saber as razões pelas quais suas medidas foram consideradas insuficientes para que tenha a oportunidade de complementá-las de modo a atingir a finalidade buscada.

12. APROXIMAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

O conceito de *self-cleaning* no direito comunitário europeu é de grande importância para o desenvolvimento de uma sistemática similar no Brasil. Já podem ser enunciados alguns fatores que permitem chegar a essa conclusão.

12.1. Semelhança na aplicação de penalidades

O primeiro deles é que há uma grande semelhança na sistemática de punição de licitantes que praticaram atos irregulares.

Há no Brasil a previsão das penalidades de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, que têm como efeito prático impedir que o agente econômico participe de procedimentos e contratações públicas, ao menos por um período específico. Além disso, tal como na União Europeia, um dos objetivos dessas sanções é a proteção da Administração Pública, para que ela não contrate licitantes desonestos ou que representem riscos à execução dos contratos.

12.2. Compatibilidade de princípios

O segundo fator de aproximação é que os princípios da União Europeia dos quais se extrai o conceito de *self-cleaning* também

são contemplados pelo direito brasileiro. Ninguém questiona que as licitações públicas no Brasil são informadas pelo princípio da proporcionalidade, por exemplo.

O princípio da proporcionalidade serve de fundamento direto para o conceito de *self-cleaning*.

12.3. Possibilidade de negociação e celebração de acordos de leniência e termos de ajustamento de conduta

O terceiro fator é que, no Brasil, existem vários institutos que poderiam servir de veículo para o estabelecimento de medidas de *self-cleaning* (ou autossaneamento).

Assim, por exemplo, a Administração Pública e os órgãos de controle podem negociar acordos sobre diversas matérias, inclusive tratando da aplicação de sanções. Há previsões normativas de acordos de leniência e termos de ajustamento de conduta que têm por efeito justamente a suspensão de uma penalidade específica. Além disso, existem previsões normativas que conferem efeitos específicos a programas de *compliance* (programas de integridade).

12.4. A reabilitação prevista no art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666

O quarto fator relevante é que o Direito brasileiro contempla a figura da reabilitação de empresas que tenham sido penalizadas com a declaração de inidoneidade. Por meio da reabilitação, a empresa readquire o direito de participar de procedimentos de contratação pública. O autossaneamento (*self-cleaning*) pode ser justamente o caminho para que o agente econômico obtenha o resultado final almejado, que é justamente a sua reabilitação.

Um exemplo concreto da possível aplicação da noção de *self-cleaning* é o regime da inidoneidade previsto no art. 87, IV, da Lei nº 8.666. A reabilitação após o prazo mínimo de dois anos é apenas uma das hipóteses de extinção da inidoneidade. Contudo, a expressão “*enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição*” existente no inciso IV do art. 87 corresponde a um dos mecanismos de operação do *self-cleaning*. A adoção de instrumentos de correção futura da estrutura do fornecedor punido corresponde à supressão dos motivos que ensejaram a aplicação da medida.

Note-se que o único sentido possível da expressão contida no inciso IV é o de permitir a extinção da medida tão logo o fornecedor tenha condições de provar que a ilicitude praticada não tem a

possibilidade de se repetir. Caso a regra se voltasse apenas para o passado, a expressão não teria sentido: os motivos que justificaram a inidoneidade (a conduta irregular) jamais deixariam de existir. O que poderá desaparecer é o *risco* que a contratação futura do referido fornecedor pode oferecer à Administração. As medidas de *self-cleaning* são precisamente o modo pelo qual se demonstra a inexistência desse risco.

13. ENCERRAMENTO

Diante do exposto acima, conclui-se que há diversos elementos que fazem com que a noção de *self-cleaning* originária do direito comunitário europeu seja compatível com o Direito brasileiro.

A noção de *self-cleaning* é um importante instrumento para se permitir o combate à corrupção nas licitações e contratações públicas, mas sem comprometer a competitividade dos certames e as atividades econômicas das empresas.

REFERÊNCIAS

ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans-Joachim; FRITON, Pascal. *Self-cleaning* – an emerging concept in EC Public Procurement Law? In: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (org.). *Self-cleaning in public procurement law*. Köln: Wolters Kluwer, 2009.

GRAELLS, Albert Sánchez. *Public procurement and the EU competition rules*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

HJELMENG, Erling; SOREIDE, Tina. Debarment in public procurement: rationales and realization. RACCA, G.M.; YUKINS, C. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. p. 1-15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract+2462868>>.

LINARELLI, John. Corruption in developing countries and in countries in transition: legal and economic perspectives. In: ARROWSMITH, Sue; DAVIES, Arwel (editors). *Public Procurement: global revolution*. Kluwer Law, 1998, p. 125-137.

MAJTAN, Roman The *self-cleaning* dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, p. 291-347.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: RT. Ano 3. v. 20. set/out 2015.

POULSEN, Sune Troels; JAKOBSEN, Peter Stig; KALSMOSE-HJELMBORG, Simon Evers. *EU public procurement law*. 2.ed. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012.

TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU*. 2.ed. New York: Oxford, 2007.