Entrevista

com Kamala Dawar, professora da Universidade de Sussex, Reino Unido

Interview with Kamala Dawar, senior lecturer at the University of Sussex, United Kingdom

Perguntas, tradução e notas técnicas por Guilherme Jardim Jurksaitis, professor da FGV Law, São Paulo, Brasil.

Questions by Guilherme Jardim Jurksaitis, lecturer at FGV Law, São Paulo, Brazil.

A lei geral de licitações brasileira, de 1993, contém um arranjo detalhado de normas sobre o procedimento de licitação. Essa ampla estrutura legal não impediu práticas de corrupção nas compras públicas, conforme revelou a Operação Lava-Jato. A revisão das Diretivas Europeias sobre contratações públicas parece adotar uma abordagem diferente, através de regras mais gerais, e que impõem certos valores e metas a serem perseguidos pelos Estados-Membros. Em sua opinião, esse arranjo mais direto e flexível torna o procedimento de licitação efetivo, rápido e menos propenso à corrupção? A senhora vê alguma conexão entre normas extensas e complexas sobre contratações públicas e corrupção?

Brazil's national law on public procurement from 1993 is a well-detailed framework regarding biding procedure. This broad framework didn't prevent corruption practices on public procurement as the Car-Wash operation has revealed. The European Directive on public procurement seems to adopt a different approach, through general rules that impose certain values and targets to be pursued by State-Members. In your opinion, do flexible and straightforward frameworks, such as the European Directive, make bidding procedures more effective, quicker, and less prone to corruption? Do you see any connection between extensive and complex regulation and corruption on public procurement?

Em três palavras – sim e sim. A corrupção é um problema global, como mostra a distribuição geográfica das investigações da Operação Lava-Jato. Na União Europeia, infelizmente, a corrupção relacionada a contratos públicos tem aumentado, com custos ao contribuinte europeu na ordem de cinco bilhões de euros ao ano. A revisão das Diretivas Europeias concernentes a contratações públicas, de 2014, introduziu requisitos mais rigorosos destinados a prevenir, identificar e corrigir casos de corrupção. Este é um passo importante que beneficia a legitimidade de longo prazo dos governos, o ambiente de negócios e os cidadãos, especialmente aqueles que mais dependem de ações estatais.

In three words – yes and yes. Corruption is a global problem, as the geographical spread of the Carwash scandal shows. In the EU, unfortunately corruption related to public procurement has actually been growing – to an estimated cost to the tax payer of nearly €5 billion per year. The revised 2014 EU Public Procurement Directives introduced stronger requirements designed to prevent, identify and remedy such cases. This is an important step benefitting the long-term legitimacy of governments, the business environment, and citizens, particularly those most dependent on public provisions.



Palestra Internacional realizada pela professora Kamala Dawar sobre Contratações Públicas e Combate à Corrupção no Tribunal de Contas do Estados de São Paulo no dia 07/11/2018

A experiência nos diz que melhorar a transparência e a segurança jurídica nas contratações públicas é uma forma muito eficaz para se reduzir a corrupção, a qual costuma prosperar em sistemas complexos e muito burocráticos. As Diretivas Europeias, de 2014, deram um salto gigantesco na simplificação e clarificação dos procedimentos de contratações públicas, sobretudo para contratos de concessão, contratos pós-adjudicação, e também para a celebração de aditamentos contratuais, que são particularmente sensíveis à corrupção. Agora, as Diretivas contemplam também a previsão de um novo formulário padronizado para a autodeclaração do licitante, o que dificulta a sua exclusão indevida na fase de habilitação. Mais importante, as Diretivas previram com clareza a noção de conflitos de interesse e os motivos que podem levar à exclusão de licitantes por essa razão, tornando mais fácil identificar e reagir a casos de conflitos de interesse e de fraudes nos certames públicos. As Diretivas mostram clara determinação para diminuir a ocorrência de fraudes no gasto público e direcionar o padrão global de contratações públicas.

Experience tells us that improving transparency and legal certainty are very effective ways of reducing corruption, which thrives in a complex, bureaucratic system. The 2014 Directives make a giant leap in simplifying and clarifying procurement procedures, particularly for concessions contracts, post award contracts, and also when modifying contracts mid-term – an area particularly prone to corruption. There is also now a new standardized form for the self-declaration for bidders, which makes it more difficult to exclude tenders in the selection phase. But what is really useful is the new clarity on the notion of conflicts of interest, and grounds for exclusion, which makes it much easier to prevent identify and remedy fraud and conflict of interest cases.



Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

É claro que sempre há mais a ser feito na luta contra a corrupção, pois este é um desafio contínuo, para onde quer que se olhe, à medida que novas tecnologias são desenvolvidas e novos mercados aparecem.

Of course, there is always more to be done in the fight against corruption, it is an on-going challenge wherever you look as new technology and markets emerge.

A lei brasileira anticorrupção, de 2013, trouxe mecanismos inovadores para a experiência brasileira no combate à corrupção em empresas privadas e estatais. Um deles é o dever de estabelecer procedimentos de conformidade (compliance) para evitar e identificar atos de corrupção. A Lei Anticorrupção do Reino Unido (UK Bribery Act, de 2010), também contém disposições similares. De acordo com o UKBA, a adoção de sistemas adequados de conformidade pode ser tomada como uma "defesa" para organizações comerciais envolvidas em casos de corrupção. Ainda assim, há dúvidas sobre o que deve ser considerado como um procedimento de conformidade (compliance). Em que medida a experiência britânica poderia ajudar empresas brasileiras a melhorar seus procedimentos de conformidade?

The recent Brazilian Clean Company Act, from 2013, brought innovative mechanisms in the Brazilian experience to address corruption in private and state-owned companies. One of these is the duty to establish compliance procedures to avoid and to identify corruption acts. The United Kingdom Bribery Act (UKBA) also brings similar provision. In the UKBA, the implementation of adequate systems of compliance provides a 'defense' for commercial organisations capable of proving the adoption of concrete measures to prevent bribery. Still, there are doubts concerning what should be considered as an adequate compliance procedure to comply with legal standards. To what extent can the British experience help Brazilian companies to improve its compliance mechanisms?

Bem, a Lei Anticorrupção Inglesa (UKBA) de 2010 está em vigor há 8 anos e, como qualquer lei, ela se desenvolveu durante sua aplicação. Essa lei foi muito bem-vinda porque simplificou a legislação até então existente, tornando mais fácil para a polícia, promotores e juízes tratarem de casos de corrupção nos setores público e privado, no Reino Unido e no exterior, por meio de sanções financeiras e/ou de restrição de liberdades.

Well, the 2010 Bribery Act has been in force about 8 years and like any law, it has developed in its application. It was much welcomed because it has simplified the law, making it easier for the police, prosecutors and courts to address bribery offences in the public and private sector, in the UK and overseas, through financial and/or custodial sanction.

Todavia, a verdadeira inovação da Lei é que ela força as empresas a avaliarem, ex ante e de forma realista, os riscos que enfrentam ao dar ou receber subornos, em seu domicílio ou no exterior, e a implantar procedimentos de compliance para mitigar tais riscos. Esse aspecto do compliance é importante porque o Artigo 7(2) do UKBA prevê uma "defesa" para as empresas envolvidas em

But the real innovation of the Act is that it ex ante forces companies to realistically assess the risks they face if they give or receive bribes, at home or abroad, and to put in place proportionate procedures to mitigate them. This is important because Section 7(2) of the Act provides a defense for companies that had in place adequate procedures designed to prevent people associated with it from undertaking

casos de corrupção, mas que tenham adotado procedimentos adequados de compliance para evitar que pessoas associadas a elas pratiquem tais condutas. Essa medida legal, que é um avanço, representa um legado cultural de longo prazo em grandes e pequenas empresas, incorporando a integridade ao comportamento e à governança corporativos.

such conduct. This advance has produced a longer-term cultural legacy within companies big and small, embedding integrity within corporate behavior and governance.

Na teoria, tudo parece bom. Porém, quando se trata de resultados concretos e de curto prazo, surgem algumas questões. As características dos procedimentos de compliance tem sido uma preocupação, mesmo após oito anos de vigência do UKBA. Para estimular ainda mais a adoção de procedimentos de compliance, o UKBA instituiu a figura dos Acordos de Leniência (Deferred Prosecution Agreements - DPAs) para incentivar empresas a denunciarem suas próprias irregularidades, envolvendo fraude e suborno, detectadas por seus sistemas internos de compliance. O problema para as empresas é que muitas questões relativas aos procedimentos de compliance permanecem sem resposta, apesar dos relatórios de orientação divulgados pelo Governo.[1] Por exemplo, os critérios para o que constitui procedimentos de compliance ainda não foram estabelecidos de forma exaustiva. No caso Skansen, o júri do tribunal não justificou seu veredito, segundo o qual os procedimentos de conformidade implantados pela Skansen não seriam suficientes. Também não houve definição do que seria exigido para que uma defesa nos termos do supracitado Artigo 7 do UKBA fosse bem-sucedida.[2]

So all looks good on paper. But when it comes to short-term prosecutorial results, there are concerns. Compliance has been a concern, even after eight years of operation. To increase compliance, a Deferred Prosecution Agreements (DPAs) was introduced to provide an incentive for businesses to self-report irregularities involving fraud and bribery. The problem for companies is that many compliance issues remain unclear, despite guidance reports. For example, the criteria for what constitutes adequate corporate procedures to ensure compliance with the Act has never been set out exhaustively. In the Skansen case, the court jury did not have to justify its verdict that Skansen's compliance procedures were not sufficiency robust or set out what was required for a section 7 defense to succeed.

1. Nota técnica: a entrevistada se refere ao documento disponível no site [https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf], aceso em 18/1/2019.

2. Nota técnica: em 2013, a *Skansen Interior Limited* descobriu, através de seus sistemas internos de *compliance*, que funcionário seu aceitara o pagamento de suborno de quarenta mil libras para a obtenção de um contrato de seis milhões de libras esterlinas. A empresa demitiu o funcionário, e comunicou o caso às autoridades responsáveis. Não obstante, o *Crown Prosecution Service*, equivalente ao Ministério Público brasileiro, acusou formalmente a empresa por



Contudo, pode haver boas razões para deixar esse tema em aberto. A Orientação do Ministério da Justiça sugere que o sistema de compliance deve ser proporcional ao contexto dos riscos específicos enfrentados por cada empresa. O Departamento de Fraudes Graves do Reino Unido não funciona no vácuo.[3] Informações e insights sobre o que constituem procedimentos adequados de compliance continuarão a se desenvolver a partir de fontes variadas, como as diretrizes da OCDE e de outros casos concretos que venham a surgir. Sabemos pelo DPA da Rolls Royce que é importante que uma empresa aprimore seu departamento de ética e de compliace, atribuindo posições-chave a esse pessoal, em cargos de chefia, e nomeie diretores de compliance em número suficiente, capacitados, e com linhas de subordinação independentes. Vivemos em um ambiente global de negócios. Assim, à medida que mais países introduzem sistemas de compliance em suas legislações, um programa com características comuns pode surgir para empresas que operam em escala mundial. Isso também informará, claro, a estratégia de compliance para empresas do Reino Unido, com ou sem atuação global.

Mas as grandes lições do caso Skansen permanecem: em primeiro lugar, as empresas não podem se basear, ou esperar, em orientação judicial substantiva para fazer um checklist que garanta que seus procedimentos de compliance são adequados para uma defesa nos termos do Artigo 7 do UKBA. Consequentemente, a denúncia de suas próprias irregularidades e a cooperação com as autoridades, na esperança de um DPA, continuam sendo atraentes. Em segundo lugar, e mais concretamente, e agora isso está claro, confiar nos valores da empresa para estabelecer o comportamento apropriado da empresa ou de seus colaboradores, é inadequado e insuficiente. As empresas devem ter em vigor políticas oficiais de combate ao suborno e à corrupção, com procedimentos formais e departamentos específicos de compliance.

But there may be good reasons for leaving the benchmark fluid. The Ministry of Justice Guidance suggests that adequacy is likely to be a question of proportionality in the context of the particular risks faced by a business. The UK Serious Fraud Office does not operate in a vacuum. Information and insights on what constitute adequate procedures will continue to evolve from many sources, such as OECD guidelines, as well as the compliance-related reports, statements of fact and judgements from other cases. We know from the Rolls Royce DPA that it is important that a company enhances ethics and compliance personnel in key positions of seniority, and appoints sufficient compliance officers, empowered and with independent reporting lines. We live in a global business environment. So as more countries introduce corporate corruption control, a compliance programme with common characteristics may emerge in companies operating across the world. This will also inform the compliance strategy for UK businesses, with or without a global footprint.

The big lessons from the Skansen case remain: first, companies cannot rely on substantive judicial guidance to conduct a box ticking exercise that ensures their procedures are adequate as a Section 7 defence. Consequently, self-reporting and cooperation in the hope of a DPA remains attractive. Second, and more concretely, it is now clear that relying on company values to establish proper behavior is inadequate and businesses must have in place official anti-bribery and corruption policies and dedicated compliance departments.

adotar mecanismos de *compliance* insuficientes para prevenção de corrupção, conforme o Artigo 7º do UKBA. O juri decidiu pela procedência da acusação, sem que houvesse, em sua deliberação ou no julgamento que a seguiu, indicação de quais seriam as características de um sistema de *compliance* suficiente e efetivo, de sorte a que a empresa pudesse se esquivar da condenção.

3. Nota técnica: o *Serious Fraud Office* é uma agência pertencente à estrutura de Justiça do Governo da Inglaterra, com competência para atuar na investigação e no processamento de fraudes complexas, nos setores público e privado.

Observando-se os índices de percepção da corrupção divulgados pela Transparência Internacional, verifica-se que o Brasil ocupa posição mediana (96/180) e compatível a de outros países da América Latina, como Argentina (85/180), Colômbia (96/180) e Peru (96/180). Em sua opinião, corrupção está mais ligada a costumes e comportamentos sociais do que com medidas legislativas e arranjos institucionais? Em caso positivo, é possível aprimorar a posição desses países através de reformas legislativas?

Essa é uma questão complexa. É claro que podemos moldar o comportamento, incluindo a corrupção, através da legislação, e é por isso que as reformas em curso buscam garantir prevenção, monitoramento e soluções eficazes para diminuir casos de corrupção. Sabemos que as pessoas se comportam de maneira muito diferente entre si, mesmo quando existem leis claras em vigor e que são efetivamente aplicadas. Tome como exemplo o comportamento dos indivíduos ao dirigir veículos. No entanto, são também pessoas que fazem e aplicam as leis, logo, para que as leis sejam eficazes, todos precisamos abraçar as normas, ao invés de evitá-las. Isso significa que as leis precisam de políticas de acompanhamento para que sejam incorporadas na sociedade, como programas educacionais e divulgação de informações públicas sobre o motivo pelo qual essas leis são importantes e benéficas. As práticas culturais mudam e evoluem com a lei, ambas se movem juntas - caso o contrário, não veríamos as mudanças positivas que já fizemos na saúde pública, na segurança, no meio ambiente e nos direitos humanos.

Falamos sobre a Lei Anticorrupção Inglesa (UKBA) e como ela inculcou uma nova cultura corporativa para incorporar práticas de combate à fraude e ao suborno dentro das empresas. O UKBA estabeleceu um legado cultural, que é a chave para o controle sustentável da corrupção. Leva tempo para as pessoas e as sociedades mudarem, mas cada vez mais há exemplos positivos em todo o mundo, não apenas na Noruega ou em Cingapura. Países da África, como Botswana, adotaram uma abordagem de tolerância zero à corrupção que mudou a percepção das pessoas sobre a inevitabilidade e a conveniência da corrupção. Infelizmente, em alguns casos, isso se dá com uma crise, como, por exemplo, com a Operação Lava Jato, que informa as pessoas sobre a destruição que a corrupção causa.

Looking to the corruption perception index from International Transparency, Brazil is in a similar position (96/180) as its pairs in Latin America, such as Argentina (85/180), Colombia (96/180) and Peru (96/180). Do you think that corruption is more releated with customs and social behavior than with legal measures or strong institutions? Is it possible to improve this harmful scenario through legal practice and legal reforms?

This is a complex question. Of course, we can shape behavior including corruption through legal practice and that is why on-going reforms seek to ensure effective prevention, monitoring and remedies. We know that people behave very differently when there are clear laws in place and they know they are effectively enforced. Take car-driving behaviour for example. However, people make and enforce laws, so for them to be effective people need to embrace rather than avoid the rules. This means that laws need flanking policies to embed them in society, such as education programmes and public information about why they are important and beneficial. Cultural practices change and evolve with law, they move together – otherwise we would not see the positive changes we do in public health and safety, the environment and human rights.

We spoke about the UK Bribery Act and how it has inculcated a new corporate culture to embed anti-fraud and bribery practices within the company. It has introduced a cultural legacy that is the key to sustainable corruption control. It takes time for people and societies to change but there are more and more positive examples across the world, not just Norway and Singapore. Countries in Africa, like Botswana have taken a zero-tolerance approach which has changed people's perception of both the inevitability and desirability of corruption.



Bibiana Helena Freitas Camargo, Coordenadora da EPCP; Renato Martins Costa, Conselheiro Presidente no exercício de 2018; Kamala Dawar, professora da Universidade de Sussex, Reino Unido.

Mas mesmo nesses casos de crise, o saldo final é de mudanças positivas.

Unfortunately, in some cases it is a crisis, such as Carwash, that informs people of the destruction that corruption causes and brings positive change.

A legislação brasileira de contratações públicas prevê um conjunto significativo de normas que conferem tratamento especial a empresas nacionais e a pequenas e médias empresas. A experiência comparada mostra que outros países adotam a mesma estratégia, como os Estados Unidos e o Canadá. Quais foram os resultados dessas experiências? Medidas como essas, de promover a indústria nacional e microempresas, por intermédio de regras que as beneficiem diretamente nas contratações públicas, alcançaram os objetivos pretendidos?

Brazil's public procurement regulatory framework is characterised by numerous exemptions of special treatment and local preferences for domestic firms and for small and micro-business enterprises. Other countries have adopted similar strategies, for instance, the United States and Canada. Do you know something about these experiences? Have they effectively promoted local industries and SMEs?

A adoção de margens de preferências em contratações públicas é algo abundante em todo o mundo. Existem muitos tipos diferentes de preferências - direta e indireta - e elas têm variados objetivos, como promover a segurança nacional, a inovação, as pequenas empresas ou as comunidades desfavorecidas. O problema é que os benefícios eventualmente percebidos, embora politicamente atraentes, são difíceis de serem verificados empiricamente. De fato, pouquíssimos governos realizam análises de custo-benefício de suas políticas de preferência ou avaliações de impacto substantivo. Os dados que vi sobre o plano de preferência de PMEs do Brasil não estimam seu

Preferences are rife throughout the world government procurement contracts. There many different types of preference – direct and indirect – and they have many objectives, as you mentioned, such as promoting national security, innovation, small businesses or disadvantaged communities. The problem is, the perceived benefits of procurement countertrade, while politically attractive, are difficult to verify empirically. Indeed, very few governments undertake cost benefit analysis of their preference policies or substantive impact assessments. The data I have seen on Brazil's SME preference scheme does not estimate its cost to procurement and shows few

custo para as aquisições públicas e mostram poucos resultados benéficos na melhoria da participação de PMEs nos processos de licitação. Por outro lado, é frequentemente demonstrado que a falta de concorrência, de responsabilização em caso de fraudes, e de transparência em processos de licitação aumenta o preço dos negócios públicos e suprime a margem de escolha da Administração e a qualidade do que será entregue - ou a relação custo-benefício. Essa conta é paga pelo contribuinte, pelo cidadão.

beneficial results in improving SME participation in procurement markets. On the other hand, it is often demonstrated that not enough competition, accountability and transparency in a procurement tendering process will drive up the price of procurement, and suppress choice and quality – or value for money. This is at the cost of the tax payer and citizen.

Acredito que o maior problema é que a falta geral de dados coletados sobre essas margens de preferência - seus custos e seus benefícios - impediu a análise real do que é uma boa e uma má política de preferências em compras públicas. Essa falta de evidências permitiu que se criassem margens de preferências em profusão, sem que o Governo tivesse de justificá-las. Isso ocorre até que um escândalo, como o das práticas de aquisição da Petrobras, faça com que todos parem e pensem sobre seus efeitos totais. As margens de preferências são particularmente propensas à corrupção, porque são complexas e têm menos escrutínio público. Esses riscos podem, potencialmente, cancelar os benefícios de desenvolvimento econômico que as margens de preferência podem proporcionar.

I think the biggest problem is that the overall lack of data collected on these schemes – their costs and their benefits - has prevented real analysis of what is a good and a bad preference. This evidence gap has allowed governments to apply them throughout public procurement markets without having to justify them. That is until a scandal such as with Petrobras' procurement practices causes everyone to stop and think about their total effects. Preference schemes are particularly prone to corruption because they are complex and have less public scrutiny. These risks potentially cancel the economic development benefits that a preference arrangement might bring.

As implicações econômicas e de governança das margens de preferência nacionais não devem ser subestimadas. Essas implicações são algumas das razões pelas quais as margens de preferência são normalmente proibidas em muitos acordos regionais, bem como no Acordo de Aquisições Governamentais da Organização Mundial do Comércio. Embora os governos possam sentir que esse tipo de restrição – imposta pelos mencionados acordos internacionais à adoção de margens de preferências – limite seu espaço político, acredito que essa seja uma boa ferramenta de governança econômica para as contratações públicas. Ela traz disciplina positiva, transparência e responsabilização em relação à adoção de margens de preferências. Os governos precisam começar a examiná-las mais de perto para determinar se elas funcionam, se valem a pena, ou se são politicamente motivados, mas prejudicam a economia e impedem uma boa relação de custo-benefício sem qualquer ganho social. Esse tipo de escrutínio político é o que os cidadãos esperam de seus representantes.

The economic and governance implications of domestic preferences should not be underestimated. They are some of the good reasons why they are typically prohibited in many FTAs, as well as under the WTO Government Procurement Agreement. While governments might feel this narrows their policy space, I believe it is a necessary good economic governance tool. It introduces some positive discipline, transparency and accountability to preferences. Governments have to start examining them more closely to determine if they work, or whether they are politically motivated but harming the economy and preventing value for money without any social benefit. This type of policy scrutiny is what citizens expect from their representatives.