Como a *Due Diligence* de Integridade de Terceiros Contratados pode contribuir diretamente para diminuir prejuízos à Empresa Contratante em âmbito legal, financeiro e reputacional

Por **Allan Gonçalves Francisco Sá** *– 13 de maio de 2021*

- Do contexto normativo-jurídico brasileiro e suas consequências para a Empresa Contratante no Brasil
- Dos efeitos jurídicos e práticos da *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado perante os Tribunais e o Mercado
- Da metodologia utilizada na realização *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado
- Da distinção entre *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado dos demais tipos de *Due Diligence*

Do contexto normativo-jurídico brasileiro e suas consequências para a Empresa Contratante no Brasil

Em meio a um contexto legislativo de normas específicas que devem ser observadas por toda Empresa contratante e seu respectivo Terceiro Contratado na relação com a Administração Pública e Sociedade Privada, os mecanismos de Compliance e Integridade são ferramentas protegendo a Empresa contratante tanto na tomada de decisões quanto em caso de acusações.

Importante destacar aqui, notadamente, a Lei nº 12.846/2013 e a sua complementação pelo Decreto 8.420/2015, doravante denominada "Lei Brasileira de Anticorrupção", a Nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (nº 13.709/2018), as quais, são relativamente novas se comparadas a outras normas legais e que seus sujeitos a quem elas se aplicam devem se adaptar às suas normatividades e imposições.

Com efeito, cumpre ressaltar que a Lei Brasileira de Anticorrupção, não distingue, por exemplo, se uma Empresa Contratante possui condição ou não de ator levoso aos cofres públicos que um Terceiro Contratado venha a praticar por ato de corrupção, podendo sim, a Empresa Contratante, que nada sabia, ser responsabilizada.

> Esse tipo de responsabilização, em direito, chama-se "responsabilidade objetiva", isto é, não passa pelo crivo da "subjetividade" e ação/julgador não se quer saber se o sujeito acusado sabia ou não do ato lesivo praticado por seu representante ou contratado para determinado fim. Em outras palavras, para a Lei Brasileira de Anticorrupção, a Empresa contratante tem o dever de pesquisar e saber com quem está se relacionando, conhecer o histórico, monitorar e que este Terceiro contratado está fazendo para atingir a finalidade do vínculo firmado.

A título de exemplo, além de ter que ressarcir integralmente o dano gerado ao Erário, a Empresa Contratante, envolvida em ato de corrupção praticado por Terceiro Contratado, pode ser condenada em multa de até 20% (vinte por cento) do seu faturamento anual anterior, ou na falta deste, em até R$ 60 milhões (sessenta milhões de reais). E o que vem por aí, é pior, isto é "Lei da Lei em comento" (nº 12.846/2013).

Segundo o Portal da Transparência da Controladoria Geral da União (CGU), existem 25.401 (vinte e cinco mil e quatrocentas e um) sanções vigentes no Brasil, em detrimento de 20.053 (vinte mil e cinquenta e três) pessoas físicas ou jurídicas. Pode ser ver abaixo a descrição de cada sanção em nives numéricos.

CADASTRO DE SANÇÕES	QUANTIDADE DE SANÇÕES VIGENTES	QUANTIDADE DE SANÇÕES PESSOAS (PESSOAS FISICAS OU JURIDICAS)
CEIS - Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas	14.992	12.560
CNEP - Cadastro Nacional de Empresas Punidas	357	250
CEPIM - Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas	4.689	2.539
CEAF - Cadastro de Expulsões da Administração Federal	5.348	4.628
Acordos de Leniência	15	76
TOTAL	25.401	20.053

http://www.portaltransparencia.gov.br/sanções – acessado em 20/05/2021

Em outubro de 2020, a Controladoria-Geral da União (CGU) aplicou multas pesadas em duas grandes e conhecidas Empresas. De acordo com o Diário Oficial, o Madero Comércio e Indústria foi punido em R$ 442,6 mil por dar vantagens impróprias, que incluem dinheiro e alimentos, a servidores públicos para fechar negócios que fiscalizavam instalações no estado do Pará.

Já a Vivo teve uma multa com valor bem mais pesado, de R$ 45,747 milhões, referente a um caso de distribuição de ingressos para a Copa do Mundo de 2014, também para agentes públicos. A curiosidade aqui é que o valor da penalidade do faturamento das empresas envolvem ambos os casos, foi a mesma, de 0,1% do faturamento bruto, sendo baseado, no ano de 2017, para a Madero e no ano de 2018, para a Vivo.

Ressalta-se que, para além do curino financeiro, existe o prejuízo reputacional da Empresa Contratante perante os investidores e o mercado. Neste tocante, o art. 6º, II e §5º da Lei nº 12.846/2013 prevê que o extrato da sentença condenatória poderá ser publicado em jornais de grande circulação nacional, ou, em jornal do setor de atuação da Empresa contratante, e, ser afixado em mural público dentro do seu estabelecimento por 30 (trinta)dias.

Além das multas, os casos "Madero" e "Vivo" foram publicados em jornais de grande circulação, assim como em seus respectivos sites, além de ter sido publicado em veículos relevantes do setor.

Ainda sobre a legislação brasileira, a Lei nº 8.666/1993 (que regulamenta as licitações e contratos da Administração Pública), substituída e modernizada pela Lei nº 14.133/2021 (de Licitações e Contratos Administrativos) prevê, conforme artigo 49, inciso I, a necessidade de Programa de Integridade para determinados fornecedores do Poder Público.

> *Art. 25. (...) § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.*
>
> *Art. 69. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: IV - desempenho pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.*

DOS EFEITOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA *DUE DILIGENCE* DE INTEGRIDADE DE TERCEIRO CONTRATADO PERANTE OS TRIBUNAIS O MERCADO

Em meio ao cenário jurídico aqui apresentado, a *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado, também conhecida como *Due Diligence* de Compliance, surge como ferramenta de proteção para a Empresa contratante, no sentido de:

i) guiar a tomada de decisão na celebração de acordo com o Terceiro contratado, a fim de mensurar o risco que é envolver no ato negocial;

ii) casso a Empresa Contratante sofra alguma acusação por ato de improbidade praticado pelo Terceiro contratado, ela poderá demonstrar ao Órgão Julgador que não celebrou o contrato sem antes avaliar o histórico reputacional;

Desta forma, poder-se-á comprovar por meio de documentos colhidos na pesquisa de *Due Diligence* em questão, que a Empresa contratante não celebra acordos com qualquer um ao acaso. Mas que cada contratação passa por um crivo de análise sobre a ética do Terceiro Contratado e que, adicionalmente, se preocupa em manter-se dentro da Lei.

iii) a Empresa contratante pode obter, ainda, o benefício da atenuante prevista no Decreto 8.420/2015, que, em seu Capítulo IV, Art. 18, §4º, inciso IX, prevê que também a Empresa contratante pode provar que realizou o seu papel e responsabilidade em seus controles internos e externos de integridade na contratação e em seu funcionamento, a penalidade poderá ser atenuada.

Neste sentido, transcreve-se abaixo trecho do Doc. nº 84215:

> *Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 57, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: XIII - **Diligências apropriadas para contratação** e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários e associados; (grifo nosso)*

Bem como transcrição neste tocante da Lei nº 12.846/2013:

> *Art 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*

Neste mesmo dispositivo, inclusive, segue a jurisprudência do Departamento de Justiça Norte-Americano (DOJ/EUA), de quem a Lei Brasileira tem importado seus efeitos práticos e políticos, como: *(i) avaliar a tomada de decisão, e, (ii) ser eventual instrumento de defesa de acusação.* Por isso e fundamental delimitar-se o escopo da Due Diligence de Integridade para fins de que não se realize uma pesquisa infindável e sem norte. E necessário discernimento, pois do contrário perde-se o objetivo da mesma e a pesquisa pode se tornar um "poço sem fundo". A possibilidade de uma pesquisa de Due Diligence de Integridade pode alcançar raízes profundas e subsidiárias que acrescentam ou prejudicam no escopo. Por isso este tem deve ser bem observado.

Neste sentido, a ONU orienta identificar as pessoas Terceiros contratados que apresentam "*alto risco*" de forma a mapear a eficiência do processo - "*O grupo do código de suprimentos pode fornecer informações valiosas relativas a abordagens de outsourcing e práticas de terceirização e a natureza dos relações do pessoal dos terceiros envolvidos na cadeia de suprimentos. Para certas empresas, o grupo do código de suprimentos pode ser integrado no processo geral de avaliação de risco*". (Guia de avaliação de riscos de corrupção, pág. 24 – Pacto Global da ONU, 2013).

Sobre o resultado da Due Diligence de Integridade, pode ser variado, dependendo do que for identificado sobre o Terceiro Contratado, uma *Due Diligence* de Integridade pode alcançar se propõe a emitir, como por exemplo, uma matriz de risco pré-estabelecida, bem como identificação dos Red Flags.

Por conseguinte, é emitido um relatório detalhado relatando as evidências identificadas que deverá permanecer no âmbito da área de Compliance. Adicionalmente, deverá ser criado um documento complementar, destinando-se as provas obtidas, inclusive, na forma de um dossiê de arquivos de dados encontrados sobre o Terceiro Contratado. E uma boa prática a Empresa contratante definir uma matriz contendo fatores "*críticos* para gerar uma nota final.

Os resultados da pesquisa de diligência devem ser encaminhados à alta direção, sem conter prejulgamento de valor, mas apenas com os Red Flags e síntese das evidências para tomada de decisão.

O resultado de uma pesquisa de due diligence de compliance de um Terceiro em um processo concorrencial poderá incorrer em desdobramentos de diversas naturezas, desde mudanças na rotina e fluxo operacionais pré-definidos, até mesmo em um aumento de custos. Ao se levar em consideração os riscos jurídicos e reputacionais identificados na pesquisa do Terceiro, não é incomum que a empresa opte por contratar um outro Terceiro que apresente menor risco a ela, mesmo não sendo o proponente de melhor preço. Uma pesquisa de due diligence bem feita, repudiará uma boa tomada de decisão.

Da distinção entre *Due Diligence* de Integridade de Terceiro contratado dos demais tipos de *Due Diligence*

Através de uma abordagem mais ampla para ilustrar os fatos tratados neste estudo, o termo *Due Diligence* é utilizado em diversos cenários, como, na realização de uma contratação, na aquisição de uma empresa, ou, até mesmo para a aquisição de um imóvel.

A *Due Diligence* para transação de IPO e M&A normalmente é realizada após a assinatura da Carta de Intenção. Esta operação envolve auditoria da empresa negociada nas atividades contábil, comercial, jurídico, fiscal, tributário, entre outros. A principal meta é avaliar e definir contingências diante do possível negócio a ser realizado. Sendo assim, é necessário verificar detalhadamente dados financeiros, tributários, fiscais, contábeis, endividamento, contencioso, entre outros.

Todavia, a *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado possui metodologia, escopo e pré-requisitos distintos das diversas *Due Diligences*. Os mesmos devem ser observados para que produzam os efeitos legais e práticos acima expostos, como propiciar a mitigação de eventuais penalidades às Empresas contratantes e respectivos responsáveis de boa-fé.

Cada tipo de *Due Diligence* possui um objetivo e uma relação de itens a serem analisados, muito embora possam em alguns momentos se coincidir e complementar.

O que se tem notado é uma atuação dos Tribunais ao demandar de seus cidadãos que, ao realizarem seus negócios, tomem precauções de avaliar o histórico de Integridade do Terceiro Contratado. A justiça está indiretamente demandando de seus cidadãos que fiquem atentos com quem estão contratando e que se autofiscalizem. Este movimento cultural implementado pelos órgãos do Estado está acontecendo nas principais nações que se preocupam com a Integridade nos negócios em que as Empresas operam, corresponderindo, inclusive, a um arsenal social pela ética e pela verdade.

Portanto, a realização da *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado, tem por fim, o vieis da Empresa Contratante apresentar aos seus acionistas, clientes e colaboradores que está empenhada em cumprir a Lei e a agir com Ética. E, mesmo que haja prejuízo, pois se relacionar com Terceiro Contratado que venha a agir contra a Lei, a Empresa contratante dimiui o impacto.

Conclusão

A Lei que as Empresas Contratantes devem obedecer no Brasil, demanda dessas uma postura de diligência e controle interno, sob pena de impactos financeiros, legais e reputacionais. A Lei Brasileira de Anticorrupção não distingue a ação Administração Pública possível de sofrer não cálencia de eventuais atos de corrupção praticados por seus representantes e contratados.

Fatos recentes comprovam que as penalidades nesta Lei podem chegar até 20% do faturamento bruto do ano anterior ou R$60 milhões no Brasil, e, ainda, o mesmo acontece com os públicos, e também a publicação em jornais sobre a condenação poderão se afixar em mural visível dos estabelecimentos. Além disso, existem outras leis, como as envolvidos podem responder em outras esferas, administrativas ou judiciais, por crimes ou sanções dispostas outras Leis.

Neste contexto, a *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado emerge-se como eficaz ferramenta de tomada de decisões para prevenir eventuais ocorrências de malfeitos/atos ilícitos, e, como instrumento de defesa para afastar ou atenuar a possível condenação por acusações.

A *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado, também possui o condão de diminuir o impacto reputacional da Empresa Contratante perante o mercado e seus acionistas, mesmo que venha a sofrer uma condenação. Ela demonstrará ao seu público que empreendeu, de meios diligentes para evitar que isso ocorresse e que se preocupa na prática em se envolver com terceiros que comprometem de seus valores.

Sobre a metodologia desse tipo de Due Diligence, ela vai depender de diferencia das demais, pois possui escopo e propósito que lhe são próprios.

Todavia, convergem na necessidade de serem documentadas em um dossiê, apresentarem todas as evidências que comprovem o resultado das pesquisas, sempre com base em fontes legais, públicas oficiais de forma lícita, podendo ser de modo digital ou físico.

Percebe-se que existe um movimento cultural internacional no sentido de que a *Due Diligence* atinente a cada área de negociação e de relacionamento social torna-se necessária para um ambiente financeiro, jurídico, tributário e reputacional saudável e competitivo.

Por fim, diante desses fatos, pode-se concluir que a *Due Diligence* de Integridade de Terceiro Contratado é uma ferramenta para se afastar cada vez mais de práticas prejudiciais a Empresa contratante em âmbito legal, reputacional e mercadológico.

"2020 Data Privacy Benchmark Study: Ponemon Institute"

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 57, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: (...)

XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários e associados; (Redação dada pelo Decreto, Revogado pelo Decreto 9.580, de 22/11/2018) Parágrafo único. Para pessoas jurídicas controladas, as características de integridade/ética dos clientes ou de fornecedores devem ser consideradas pessoas jurídicas envolvidas

https://www.jornal-nova.com.br/blog/%E0%B0%B0%E0%B0%B0-de-11-2020

https://www.jornal-nova.com.br/blog/%E0%B0%B0%E0%B0%B0-de-11-2020

Bibliografia

Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) – Presidência da República - Secretaria - Geral

Lei de Anticorrupção (nº 12.846/13) – Presidência da República – Casa Civil

Decreto nº 8.420/15 - Presidência da República - Secretaria - Geral

Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas – Controladoria Geral da União – CGU, setembro de 2015

Guia de avaliação de riscos de corrupção – Pacto Global da ONU, 2013

http://www.portaltransparencia.gov.br/sanções

https://www.jornal-nova.com.br/blog/%E0%B0%B0%E0%B0%B0-de-11-2020

CARTILHA DESENVOLVIDA POR

Allan Gaco
Consultor em Governança, Risco e Compliance na HECT CONSULTORIA
Advogado, pós graduado em Direito Imobiliário, *EPD - Escola Paulista de Direito*

Francisco Sá
Consultor em Governança, Risco e Compliance na HECT CONSULTORIA
Engenheiro Elétricista, Administrador de Empresas, Pós Graduado em Direito (FGV), Pós Graduado em Gestão Empresarial – Especialização em Gestão Empresarial – Fundação Getulio Vargas, Curso de Extensão Universitária em Direito e Ética de Mídia e Gestão, CEDIM-Educacional

Hect

Belo Horizonte - MG
+55 31 3245-1945
São Paulo - SP
+55 11 3787-0965

contato@hect.com.br
www.hect.com.br

THIS PUBLICATION IS PROTECTED BY COPYRIGHT © 2020 HORMIGON HECT CONSULTORIA LTDA