

Desafios aos programas de *compliance* II

Contornos do dever de diligência em contratações com terceiros

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Natalia de Melo Lacerda

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Procuradora Federal.

Desde a consolidação da necessidade de autovigilância no ambiente empresarial, muitas discussões se aprofundam sobre o teor do dever de diligência (*due diligence*) das empresas e de seus administradores, bem como de suas repercussões práticas. Sob a égide do *compliance* empresarial, o dever de diligência ganha uma dimensão organizacional, a exigir dos administradores uma estrutura compatível com as atividades desenvolvidas e com os riscos por ela assumidos¹.

Assim, como um dos pilares do dever de diligência, posicionam-se estrategicamente as políticas preventivas de *compliance* para permitir que a organização detenha condições de adotar contracautelas não apenas internamente, mas também externamente, como ocorre na contratação de terceiros, até mesmo como medida de proteção dos riscos de responsabilização administrativa, incrementados a partir da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção).

O risco trazido pela contratação de terceiros estará sempre presente, independentemente da atividade, motivo pelo qual surge a necessidade de

¹ É o que defende Ana Frazão no artigo "Dever de Diligência. Novas perspectivas em face de programas de *compliance* e de atingimento de metas". *Jota*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017

envolvimento da área de conformidade nos procedimentos de *know your vendor* (procedimentos de aprovação/monitoramento de fornecedores)².

Nesse contexto, as diligências para a contratação e a supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados se insere como um dos critérios de efetividade dos programas de integridade, conforme o inciso XIII do art. 42 do Decreto 8.420, de 2015. Somente assim os programas de conformidade alcançam uma efetiva dimensão institucional, na medida em que os esforços individuais de uma empresa se projetam igualmente sobre outros agentes, a fim de ser fator de modificação da cultura corporativa como um todo.

Tal medida se faz ainda mais acertada dentro de um cenário de expansão da contratualização dos processos produtivos (*outsourcing*) e de fronteiras cada vez mais tênues para a definição das empresas a partir de suas estruturas hierárquicas³. Nesse contexto, a ausência de hierarquia sobre várias fases do processo produtivo precisa ser substituída ao menos por um eficiente sistema de *compliance*, pois é provável que a multiplicidade de contratos ocasione falhas e envolva até mesmo a prática de ilícitos, resultando em danos às próprias empresas contratantes e a terceiros.

Com efeito, as diligências prévias à contratação e à posterior supervisão dos parceiros de negócios são importantes para a garantia não somente da qualidade dos bens e serviços ofertados, como também para o fomento da ética negocial, da proteção do meio ambiente e dos interesses de partes muitas vezes hipossuficientes, como trabalhadores e consumidores.

Nesse sentido, o novo manual prático da CGU⁴ - editado para orientar a avaliação de efetividade dos programas de *compliance* - recomenda que as organizações procedam à prévia verificação do envolvimento de terceiros em casos de corrupção e fraudes contra a administração, e, também, analisem a existência de programas de integridade. Por oportuno, o Guia direciona a

² OLIVEIRA, Patrícia Godoy, Desafios para implementação de programas de *compliance* em multinacionais. In CUEVA, Ricardo, FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*, Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 257.

³ Ver, sobre o tema, ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007; FRAZÃO, A. Joint ventures contratuais [mimeo], 2015; COSTA, Natália Lacerda Macedo. Novas fronteiras da empresa e joint ventures contratuais: repercussões sobre a responsabilidade civil, Revista Jurídica da Presidência, 2016.

⁴ <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>

realização de profundas análises anteriormente à pactuação de novas parcerias, como consórcios, associações, *joint ventures* e sociedades de propósito específicos.

Para a CGU, as seguintes medidas servirão para demonstrar o atendimento do comando prescrito no inciso XIII do art. 42 do Decreto 8.420, de 2015: (i) estímulos para integridade entre os parceiros de negócios, (ii) existência de cláusulas que obriguem a observância das normas éticas e das práticas de integridade nos contratos firmados; (iii) previsão de aplicação de penalidades ou da rescisão contratual em caso de irregularidades; e (iv) medidas de mitigação de riscos.

Assim, a entidade contratante passa a ter o dever de fomentar e de manter uma cultura de integridade também em relação aos terceiros com quem se relaciona, de modo que ela deve se estruturar para reger a conduta ética de seus colaboradores, podendo aplicar o seu Código de Ética ou de Conduta ou criar um código específico. Para tal mister, é primordial a realização de treinamentos específicos.

Nada obstante, trata-se de uma tarefa extremamente complexa. Na fase pré-contratual, pode ser difícil analisar as condições internas dos contratados com relação às políticas de conformidade, até mesmo porque a avaliação de tais questões implica acessar informações muitas vezes sigilosas, por questões comerciais, concorrenciais ou por envolverem dados de terceiros protegidos pelo direito à intimidade e à privacidade.

Por sua vez, na fase contratual, é bastante delicada a implementação de redes de monitoramento de terceiros, sobretudo em virtude das assimetrias de informação e dos enormes custos atrelados com a instituição de mecanismos de vigilância. Ainda que sejam adotadas medidas de monitoramento, não há uma zona confortável de imunidade contra infrações, mormente em grandes organizações. Além disso, ao invés de focar em vigilância propriamente dita, é de todo recomendável que se formatem soluções inteligentes de governança nas redes contratuais, induzidas pelas empresas líderes⁵.

⁵ Eduardo Saad-Diniz (*Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 168) destaca um caso importante de modificação do comportamento ético pela construção de redes de governança ou articulação de redes contratuais: é o que se conhece como novo efeito Wal Mart, em que uma empresa líder se vale de seus recursos para provocar melhorias em toda sua cadeia positiva.

Os pontos aqui destacados apenas se somam a vários aspectos já antecipados pela doutrina nos desafios relacionados à sua implementação⁶. Agora, tais questões começam a chegar no Poder Judiciário, que será um importante ator no processo de consolidação dos parâmetros de concretização dos deveres de *compliance*.

Já no ano de 2017, o Tribunal de Justiça de São Paulo acatou a resilição unilateral de um contrato de conta corrente diante de violação de regras de *compliance* pela pessoa jurídica, fundamentada por indícios de movimentações irregulares em suas contas e da prática de crimes por seus sócios⁷.

Agora, em decisão publicada em 03 de outubro de 2019, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) abordou os limites da verificação de contratação de terceiros no processo de licitação, inclusive em momento posterior à habilitação⁸. O SEST-SENAT, entidade do terceiro setor, obteve pronunciamento judicial favorável sobre a possibilidade de exclusão de uma empresa do certame licitatório então realizado, pelo preenchimento incorreto ou inverídico do formulário de conformidade.

Neste caso, após análises das unidades de *compliance*, verificou-se que a contratação poderia trazer riscos negativos à imagem do SEST-SENAT, porquanto identificada a existência de ação penal em relação a diretores, com poderes de administração, de empresas que figuram nos quadros societários da licitante enquanto quotistas (uma das empresas detém a metade do capital social da licitante).

Nesse sentido, a Desembargadora Relatora destacou o acerto da decisão interlocutória proferida em primeira instância, no sentido de que

“não há que se falar em ‘preclusão’ ou qualquer outro impedimento para obstar a contratação, apesar de a autora ter sido considerada habilitada durante o certame. Afinal, a aparente manobra e a condenação pelo crime praticado pelos seus dirigentes somente foram descobertos após análise minuciosa da Governança de Compliance, ressaltando que a declaração do

⁶ FRAZÃO, Ana; MARTINEZ MEDEIROS. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷ TJ-SP 10130735720168260100 SP 1013073-57.2016.8.26.0100, Relator: Sérgio Rui, Data de Julgamento: 16/11/2017, 36ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 16/11/2017

⁸ TJ-DF 07220507720188070001 DF 0722050-77.2018.8.07.0001, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 12/09/2019, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/10/2019

ANEXO X foi assinada como se não existissem esses fatos pretéritos” (ID 9763853).

A tendência, portanto, é que questões como essa ganhem força, exigindo um acompanhamento atento da comunidade jurídica, no sentido de incorporar os parâmetros fixados pelo Poder Judiciário na materialização dos deveres de diligência em relação aos terceiros contratantes.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance-ii-30102019

Publicado em 30/10/2019