



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

GUSTAVO RIBEIRO TERGOLINO

***DUE DILIGENCE* COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO**

**Uma análise prática da aplicabilidade da *Due diligence* prévia nas contratações
Públicas, comparada com as contratações da Secretaria de Saúde do Estado do Rio
para combate ao COVID-19, investigadas pelo MPRJ**

Rio de Janeiro

2023

GUSTAVO RIBEIRO TERGOLINO

***DUE DILIGENCE* COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO**

Uma análise prática da aplicabilidade da *Due diligence* prévia nas contratações Públicas, comparada com as contratações da Secretaria de Saúde do Estado do Rio para combate ao COVID-19, investigadas pelo MPRJ

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito e Política Pública no Curso de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas (CCJP) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes

Rio de Janeiro

2023

Tergolino, Gustavo Ribeiro

Due diligence como Política Pública Anticorrupção. Uma análise prática da aplicabilidade da Due diligence prévia nas contratações Públicas, comparada com as contratações da Secretaria de Saúde do Estado do Rio para combate ao COVID-19, investigadas pelo MPRJ/ Gustavo Ribeiro Tergolino. - Rio de Janeiro, 2023.

Orientador: André Ricardo Cruz Fontes

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

1.Estado. 2. Política Pública. 3. *Due diligence*. 4. Investigações do MP. 5. Contratações na Saúde para o COVID19. I. FONTES, André Ricardo Cruz, Orientador. II. Título.

GUSTAVO RIBEIRO TERGOLINO

***DUE DILIGENCE* COMO
POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO**

Uma análise prática da aplicabilidade da *Due diligence* prévia nas contratações Públicas, comparada com as contratações da Secretaria de Saúde do Estado do Rio para combate ao COVID-19, investigadas pelo MPRJ.

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito e Política Pública no Curso de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas (CCJP) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Local: Virtual - Banca de Defesa de Dissertação na UNIRIO - Título: DUE
DILIGENCE COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO

...

Sexta-feira, 31 de março · 15:00 até 17:00

Fuso horário: América / São Paulo

Como participar do Google Meet

Link da videochamada: <https://meet.google.com/ips-ynon-ppy>

Data: 31/03/2023

Professor Orientador Dr. André Ricardo Cruz Fontes

andre.fontes@unirio.br

Professor (a) Dr. Flávio Cabral

flaviocabral@hotmail.com

Professor (a) Dr. Paulo Mendonça

paulo.mendonca@unirio.br

Rio de Janeiro

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes pela oportunidade de orientação; aos ensinamentos de todos os professores na linha de pesquisa Estado, Constituição e Políticas Públicas, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIRIO (PPGD) representado na ilustre figura dos coordenadores Professor Dr. Leonardo Mattietto e Professor Emerson Affonso da Costa Moura - também lhes devo meus agradecimentos.

Aos colegas do mestrado Marília, Tiago, Hamilton e Fábio minha gratidão pelo excelente convívio.

À minha família, em especial à esposa Juliana pela tolerância e paciência, aos meus filhos pela compreensão nas horas de ausência e aos meus pais, Mara e Fábio. Sem vocês o sonho de passar para o lado da docência seria impossível.

Às Autoridades Públicas e Órgãos Estaduais, representantes do poder público e da sociedade civil, devo meu muito obrigado pela compreensão no fornecimento de dados e informações.

Ao amigo e colega de profissão Leandro Costa, agradeço pelos debates e contribuição em conversas e ajudas para análises pertinentes.

À Professora Dr^a. Fernanda Henrique Cupertino Alcântara, pela orientação na formulação do título e as possibilidades de pesquisa.

Não menos importante devo graças à Empresa do Grupo Naturgy no Brasil e à minha líder à época, a Advogada Bruna Maria Guimarães de Souza. Muito obrigado pelo apoio.

E novamente, pela maior importância, reitero meu agradecimento à minha esposa e meus filhos pela resignação e compreensão, pelas minhas noites em claro e dias confinado, escrevendo e pesquisando e me privando de suas presenças.

Lembrando que o importante é “fazer o certo mesmo quando ninguém estiver olhando” (Autor desconhecido).

“Chamamos de Ética o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando todos estão olhando. O conjunto de coisas que as pessoas fazem quando ninguém está olhando chamamos de Caráter”—

Oscar Wilde

DEDICATÓRIA

Dedico essa vitória à minha família, à Ciência, ao Direito, à Academia e a todos que se alegram pela minha satisfação dessa conquista, e que “ela” me abra as portas para que eu possa transmitir meus novos conhecimentos nas salas de aula.

RESUMO

A pesquisa tratou da Due diligence prévia dos licitantes comparada às ações propostas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, quanto às contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio, para o combate ao COVID19; tudo isso no período da crise da saúde do Estado do Rio, no início da proliferação do COVID19 no Brasil. Para tanto, a presente dissertação de Mestrado, delimita, planeja e organiza a pesquisa realizada para o programa de PPGD da UNIRIO, além de auxiliar o professor orientador a melhor delinear na construção acadêmica da pesquisa que foi desenvolvida. Neste resumo, está sintetizado o tema pesquisado, a hipótese que foi testada e os objetivos do trabalho. Em suma, a área do direito aplicado ao projeto é a do Direito Administrativo. O tema é delimitado para em um modelo de gestão de riscos e controle preventivo dos processos de Licitação e Contratos da Administração Pública. Vale destacar, a atenção que se deu para a pesquisa, quanto à necessidade de proceder ao §1º do artigo 169 da nova Lei de Licitações e contratos, um marco e divisor de águas no tema da Due diligence pela Administração Pública. No tocante à hipótese, que se vislumbra a aplicação do procedimento de Due diligence realizado na Secretaria de Saúde e de que a Secretaria possui um Programa de Integridade vinculado ao Governo, além de que este coordena todas as ações de mitigação de riscos, inclusive como as contratações que foram alvo das investigações pelo MPRJ. O teste de hipótese analisou as contratações públicas da Secretaria de Saúde, para o combate ao COVID19, no ano de 2020 em paralelo com as investigações do MPRJ. Esse teste verificou o resultado da Due diligence perante as contratações investigadas, comparado com os indícios demonstrados na inquirição e ações judiciais promovidas pelo MPRJ. Um dos objetivos da pesquisa, também, foi de apresentar um modelo de Due diligence prévia às contratações, comparar sua paridade com os princípios constitucionais e demonstrar se ele poderia motivar decisões da Administração Pública. Ao fim, a pesquisa apresenta um trabalho comparativo de variáveis, com dados que se pretende oferecer para o meio acadêmico, para a Administração Pública e o mercado. Por se tratar de pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, a metodologia utilizada enfatizou estabelecer relações entre dados já produzidos e a relação entre o tema central, além da revisão bibliográfica e a análise documental, em especial as investigações do MPRJ e os processos de contratação da Secretaria de Saúde.

Palavras-chave: Due diligence; devida diligência; diligência prévia; avaliação prévia; pesquisa prévia; diligências apropriadas; controle interno; monitoramento reputacional; reputação ilibada; programa de integridade; compliance público; gestão de riscos; fraude em licitações; licitante inidôneo.

ABSTRACT

The research dealt with the previous due diligence of the bidders compared to the actions proposed by the Public Prosecutor's Office of Rio de Janeiro, regarding the contracts made by the Health Department of the State of Rio de Janeiro, to combat the COVID19; all this in the period of the health crisis of the State of Rio de Janeiro, at the beginning of the proliferation of COVID19 in Brazil. Therefore, the present Master's dissertation, delimits, plans and organizes the research carried out for the PPGD program of UNIRIO, besides helping the guiding professor to better outline the academic construction of the research that was developed. This summary summarizes the researched theme, the hypothesis that was tested, and the objectives of the work. In short, the area of law applied to the project is Administrative Law. The theme is delimited to a model of risk management and preventive control of the Public Administration's Bidding and Contracts processes. It is worth noting, the attention given to the research, as to the need to proceed with Article 169, §1 of the new Bidding and Contracting Law, a landmark and watershed in the topic of Due diligence by the Public Administration. Regarding the hypothesis, which is glimpsed the application of the due diligence procedure performed in the Secretariat of Health and that the Secretariat has an Integrity Program linked to the Government, and that it coordinates all risk mitigation actions, including as the hiring that was the target of investigations by the MPRJ. The hypothesis test analyzed the public hiring of the Health Secretariat, for the fight against COVID19, in the year 2020 in parallel with the MPRJ investigations. This test verified the result of due diligence before the investigated hiring, compared to the evidence demonstrated in the inquiry and lawsuits promoted by MPRJ. One of the goals of the research was also to present a model of Due diligence prior to contracting, compare its parity with constitutional principles, and demonstrate whether it could motivate decisions of the Public Administration. At the end, the research presents a comparative work of variables, with data that is intended to offer to the academic environment, to the Public Administration and to the market. Since this is a descriptive, bibliographic and documental research, the methodology used emphasized establishing relations between data already produced and the relationship between the central theme, besides the bibliographic review and the documental analysis, especially the MPRJ's investigations and the Secretaria se Saúde's hiring processes.

Keywords: Due diligence; evaluation; internal control; reputational monitoring; reputation; integrity program; public compliance; risk management; bid rigging; unsuitable bidder.

LISTA DE IMAGENS

Imagem 29.	1.....	p.
Imagem 87.	2.....	p.
Imagem 89.	3.....	p.
Imagem 90.	4.....	p.
Imagem 91.	5.....	p.
Imagem 97.	6.....	p.
Imagem 99.	7.....	p.
Imagem 101.	8.....	p.
Imagem 110.	9.....	p.
Imagem 111.	10.	p.
Imagem 127.	11.....	p.
Imagem 139.	12.....	p.
Imagem 140.	13.....	p.
Imagem 164.	14.....	p.
Imagem 166.	15.....	p.
Imagem 166.	16.....	p.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1.....	p. 51.
Tabela 2.....	p. 52.
Tabela 3.....	p. 170.
Tabela 4.....	p. 172.
Tabela 5.....	p. 198.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1.....	p. 195
Quadro 2.....	p. 201
Quadro 3.....	p. 204

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP - Ação Civil Pública

ALERJ - Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

BKG - Background checks

CF - Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

DANFE - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica

DDI – Due diligence de Integridade

e-SIC - Serviço Eletrônico de Informação ao Cidadão

GRI – Grau de Risco de Integridade

MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

OAB/RJ - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro

ONU - Organizações das Nações Unidas

Petrobras/SA - Petróleo Brasileiro S.A

Secretaria Estadual de Saúde – Secretaria Estadual de Saúde

SEI - Sistema Eletrônico de Informação

SIGA - Compras Públicas, Sistema Integrado de Gestão de Aquisições

TCU – Tribunal de Contas da União

UGI – Unidade de Gestão Integrada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE DUE DILIGENCE DE LICITANTES COMO UM DOS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE E MECANISMO DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
1.1. O CONCEITO E A ORIGEM DA <i>DUE DILIGENCE</i> PRÉVIA À CONTRATAÇÃO	29
1.2. O PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> PÚBLICO COMO MECANISMO DE CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
1.3. A <i>DUE DILIGENCE</i> PRÉVIA DE LICITANTES, COMO UM DOS PILARES DO PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> PÚBLICO	42
1.4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DA APLICAÇÃO DA <i>DUE DILIGENCE</i> NO PROCESSO LICITATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
1.4.1. A jurisprudência em relação à aplicação da <i>Due diligence</i> na licitação pela Administração Pública	48
1.5. AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA QUE REALIZAM <i>DUE DILIGENCE PRÉVIA À CONTRATAÇÃO</i> E A CAPACITAÇÃO DOS SEUS SERVIDORES	57
2. A PREVISÃO DA DUE DILIGENCE NA LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	64
2.1. ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA, QUANTO A VALIDADE DA <i>DUE DILIGENCE</i> , POR LICITAÇÕES E CONTRATOS	64
2.1.1. O Princípio da legalidade por Licitações e Contratos	64
2.1.2. O Princípio da segurança jurídica por Licitações e Contratos	66
2.1.3. O Princípio da competição ou livre concorrência por Licitações e Contratos	68
2.2. A PREVISÃO LEGAL DA <i>DUE DILIGENCE</i> NA LEI 8.666/1993, DE LICITAÇÃO E CONTRATOS	70
2.3. A PREVISÃO LEGAL DA <i>DUE DILIGENCE</i> NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATOS, 14.133/2021, COM ÊNFASE NO ARTIGO 169	74
2.4. O PROCESSO DE JULGAMENTO, PROCESSAMENTO, PRÉ-QUALIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO REGIDO PELAS LEIS 8.666, 14.133 e 13.979 E SUA APLICABILIDADE PELA <i>DUE DILIGENCE</i> .	82
2.5. A AUTOTUTELA DO CONTROLE INTERNO NA GESTÃO DE RISCOS E CONTROLE PREVENTIVO	87
2.6. ANÁLISE JURÍDICA DAS AÇÕES DE REJEIÇÃO, INABILITAÇÃO, DESQUALIFICAÇÃO, DESCONTRATAÇÃO OU IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DE CONTROLE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO LICITANTE, FRUTO DO RESULTADO DA <i>DUE DILIGENCE</i>	89

	17
2.7. UM MODELO DE <i>DUE DILIGENCE</i> PRÉVIA À CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	93
2.8. A IMPLANTAÇÃO DO MECANISMO DE <i>DUE DILIGENCE</i> DE LICITANTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO	98
3. ANÁLISE DAS AÇÕES DO MPRJ CONTRA AS IRREGULARIDADES NAS CONTRATAÇÕES EM COMBATE AO COVID-19	104
3.1. ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELA SES DO RJ, PARA O COMBATE AO COVID-19	105
3.1.1. O PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO, ADOTADO PELA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO, NO INÍCIO DA PANDEMIA DO COVID-19	105
3.1.1.1. Fluxo de contratação, desde a realização do pedido do insumo, produto ou serviço, até o seu encaminhamento para aprovação final, no início da Pandemia	110
3.1.1.2. Como se dava, o procedimento de aprovação das contratações pela Secretaria Estadual de Saúde no início da Pandemia	113
3.1.1.3. Quantos itens e quanto foi gasto pela SES do RJ, referente as empresas investigadas pelo FTCOVID do MPRJ	115
3.1.1.4. Da realização de Due diligence de licitantes, pela Secretaria de Saúde do RJ	116
3.2. DAS EMPRESAS INVESTIGADAS E PROCESSADAS PELO MPRJ, CARACTERÍSTICAS IDENTIFICADAS, ALÉM DO PAPEL DELAS NO FLUXO DE CONTRATAÇÃO DETALHADO NAS DE PORTARIAS E ACPs DO MPRJ	117
3.3. ANÁLISE DAS INVESTIGAÇÕES DO MP, REFERENTE AS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELA SES DO RJ NO ANO DE 2020, PARA O COMBATE AO COVID19	118
4. A APLICABILIDADE DA <i>DUE DILIGENCE</i> PRÉVIA ÀS CONTRATAÇÕES DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ERJ PARA O COVID-19, INVESTIGADAS PELO MPRJ	121
4.1. DO MÉTODO E DA ANÁLISE COMPARATIVA DA APLICABILIDADE DA <i>DUE DILIGENCE</i> SOB CONTRATAÇÕES DA SECRETÁRIA DE SAÚDE DO RJ, INVESTIGADAS PELO MPRJ	121
4.2. A REALIZAÇÃO DE <i>DUE DILIGENCE</i> DAS EMPRESAS CONTRATADAS PELA SES DO RJ, A ÉPOCA DO COVID-19 E QUE FORAM INVESTIGADAS PELO MPRJ	122
4.3. SITUAÇÃO ATUAL E ANDAMENTO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DISTRIBUÍDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E REFERENCIADAS NESTA PESQUISA	123
4.4. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DA APLICAÇÃO DO MODELO DE <i>DUE DILIGENCE</i> APRESENTADO NO ITEM 2.6.	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138
APÊNDICE A	143

CADERNO DE ANEXOS

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, inserida na linha de pesquisa ‘Estado, Constituição e Políticas Públicas’, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIRIO (PPGD), se alvitra a avaliar aspectos jurídicos e empíricos da realização da Due diligence pelos órgãos da Administração Pública Estadual e a forma em que este tipo de controle Interno pode figurar como ferramenta de Política Pública Anticorrupção.

Atualmente, os métodos e modelos anticorrupção atuantes perante a Administração Pública, possuem um forte condão nas ações ostensivas, no entanto, são muito deficientes nos métodos preventivos. Por isso, há a necessidade de repensar formas de atuação do controle interno na Administração Pública.

O tema da presente pesquisa permeia em Licitação e Contratos na Administração Pública, mais especificamente da regulamentação do controle interno de licitantes e participantes da licitação no âmbito público. Tal forma de regulamentação pode ser considerado como um modelo de Política Pública Anticorrupção, ligado ao Programa de Integridade, no sistema de controle interno da Administração Pública.

Também é importante explicar que a área do direito aplicado ao tema do projeto de dissertação, é a do Direito Administrativo uma vez que, o tema, o objeto e o problema, tanto quanto as medidas de tentativa de prevenção sugeridas, perpassam pela Lei de Licitação e Contratos e procedimentação infralegal — a ser produzida pela Administração Pública e para a Administração Pública.

Portanto, o desafio dessa dissertação foi de investigar, no âmbito da Administração Pública, o seguinte: se em casos de fraude e corrupção em licitações e contratações públicas, investigadas pela Polícia e o Ministério Público, o histórico pregresso de irregularidades, além da reputação inidônea dos licitantes investigados, já era sabido ou possível de se conhecer, no momento da licitação ou antes da contratação, por qual motivo a Administração Pública seguiu com aquele licitante ou o contratou? Com tal conhecimento prévio, de informações que negativam o licitante, teria sido possível demandar ações preventivas de gestão de risco?

Neste sentido, objetivando responder as perguntas acima, a pesquisa verificou em casos práticos, se os indícios detectados nas investigações pelo Ministério Público,

como má reputação, endereços falsos dos licitantes ou situação em estes seriam Rés em demandas referente a fraude (tanto pelos licitantes quanto por seus sócios), também seriam detectáveis em pesquisas prévias as contratações. Sendo assim, a pesquisa vai demonstrar se, a má reputação em função de subsídios que demonstrem uma probabilidade de provável impacto negativo na contratação com o licitante, são identificáveis previamente à contratação.

Portanto, a presente dissertação possui como marco teórico do tema principal, a controvérsia científica jurídica do fato social, ou seja, se o fato social é a fraude identificada pelas autoridades de investigação nos contratos da Administração Pública, a controvérsia é a avaliação da Due diligence prévia às contratações, no tocante a sua legalidade, como da sua aceitação ou não pela Doutrina e a Jurisprudência, o que será visto mais a frente em tópico específico.

Ademais, um dos desafios dessa dissertação, foi o de se debruçar sob as Ações Cíveis Públicas ajuizadas e as Portarias de investigação instauradas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, contra as autoridades da Secretaria de Saúde, além de alguns servidores, por vez, das empresas e seus sócios, que forneciam insumos para os serviços da Saúde em combate ao COVID-19, que de acordo com a investigação do MP, estavam em conluio para fraudar.

A investigação do MPRJ buscou identificar quem compunha o grupo que se reuniu para fraudar as licitações da Secretaria de Saúde, pois ao identificar, impetrou pedidos de busca e apreensão, de prisão preventiva, de sequestro de bens, de bloqueio de licitações e de pagamentos realizados pelo Estado à empresas, como o empenho contabilizado pela Secretaria. Tendo sido em sua grande maioria, todos os pedidos atendidos pelo judiciário.

A pesquisa também analisou, se tais contratações sofreram algum modelo de Due diligence prévia e se sim, como esse processo ocorreu ou se não, se sofreram algum tipo de fiscalização efetiva, prévia à contratação, como os procedimentos de habilitação, qualificação e julgamento regidos pela de Legislação vigente (L.8.666) para Licitação e Contratos, seria suficiente.

Neste sentido, também foi experimentado se o modelo de Due diligence aplicado tem a possibilidade de formular uma Política Pública Anticorrupção na

Administração Pública, seja na Secretaria de Estado de Saúde do Rio ou em qualquer outra Administração Pública.

Assim, justifica-se estender a análise sobre alguns artigos da Lei 8.666, de licitações e contratos, como o artigo 169 principalmente, da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133). Essas normas são interpretadas de maneira a se executar as devidas diligências previamente à contratação e ademais demonstram indícios da necessidade de criação de procedimentos infralegais pelos órgãos de controle interno da Administração Pública para padronizar a gestão de risco prévia à contratação.

Em razão disso, faz-se necessário inovar o estudo do Compliance Público e a maneira em que ele é utilizado de forma preventiva pela Administração Pública.

Portanto, foi avaliada a falta de análise prévia, o modo como se interpreta a Lei de Licitação e Contratos no tocante aos perfis reputacionais dos licitantes e de seus sócios, nas contratações realizadas pela Secretaria de Saúde, fazendo um paralelo com as Ações do MPRJ, por irregularidades e fraudes nos contratos da Secretaria. Neste contexto, o plano de trabalho para essa parte da pesquisa foi o de buscar, junto ao MPRJ, as ações judiciais e se debruçar sobre elas para identificar os pontos de coesão com a Due diligence.

Voltando o foco novamente à nova legislação de Licitação e Contratos, vale destacar, que apesar das indicações quanto a necessidade de seu desenvolvimento em regulamentações de gestão de risco e controle preventivo, estas podem continuar a não ser empregadas, por serem entendidas como não obrigatórias, minimamente até dezembro de 2023, prazo estabelecido pela nova Lei de Licitações.

Outro ponto muito importante no que tange à legislação e que também será abordado nessa Dissertação, é a ausência de Lei ordinária, de âmbito Federal, que obrigue a implantação de Programa de Integridade em todo e qualquer órgão da Administração Pública e para todos os Poderes, como já é obrigatório para as empresas públicas¹ e de forma eletiva, regionalmente. Isso, lamentavelmente, gera fragilidade que

¹ Lei Federal 13.303/2016. Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV

dificulta a implementação de modelos de gestão de riscos para controle prévio, com avaliações prévias, como por exemplo, em processos licitatórios.

A *Due diligence*, precisa ser implantada na fase de licitação do órgão público, mas, previamente à contratação ou qualquer outra fase que inviabilize a tomada de decisão pela sua contratação.

Portanto, a pesquisa vai responder se as contratações realizadas pela SES passaram pelo procedimento de *Due diligence*, se a aplicação do modelo de *Due diligence*, mostrará se os “red flags” já eram evidentes à época e se as medidas mitigadoras possíveis, deste modelo, seriam aplicáveis ao processo licitatório.

Sendo assim, as respostas deverão apresentar as hipóteses de que as contratações não passaram pelo procedimento de *Due diligence* e não tiveram análise prévia, além de que, um modelo de *Due diligence* vai demonstrar que a sua aplicação, teria apontado “red flags”, além de medidas de gestão de riscos.

No tocante aos objetivos específicos, esses abrangem comparar a identificação da aplicação da *Due diligence*, com as Ações instauradas pelo Ministério Público.

Como já amplamente mencionado acima, estará no escopo da pesquisa a apresentação de um modelo de *Due diligence* prévia, pois bem, este modelo de controle interno para a máquina pública, coordenado por um Programa de Integridade, pode ser interpretado como um modelo de Política Pública Anticorrupção. Ressalta-se que tal

- mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores. § 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. § 3º A auditoria interna deverá: I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras. § 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei. Art. 18. Sem prejuízo das competências previstas no art. 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e das demais atribuições previstas nesta Lei, compete ao Conselho de Administração: II - implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude; Art. 24. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente. IV - monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;

modelo não tem o condão de prevenir ou evitar a corrupção, ilegalidades ou fraudes nas contratações públicas, mas sim de fazer a gestão de riscos — de algo negativo.

A pesquisa analisou ainda, se a aplicação de um exemplo de modelo de *Due diligence* em um processo de Licitação e Contratos da Administração Pública está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Em complemento, a pesquisa analisou se a utilização do resultado da avaliação de risco feita pela *Due diligence* possui fundamentação jurídica, para justificar a decisão da Administração Pública de rejeitar o licitante, descontratar o fornecedor ou lhe impor medidas de controle.

Desta forma, para responder a essas indagações, a dissertação está estruturada em quatro capítulos: o primeiro capítulo trata de análise do procedimento de *Due diligence* de licitantes como um dos pilares do Programa de Integridade e mecanismo de controle interno da Administração Pública; o segundo sobre a previsão da *Due diligence* na legislação de Licitações e Contratos; o terceiro sobre a análise das ações do MPRJ contra as irregularidades nas contratações em combate ao COVID-19 e o último, desenvolve a aplicabilidade da *Due diligence* prévia às contratações da Secretaria de Saúde do Rio para o covid-19, investigadas pelo MPRJ.

Em função do todo, a revisão bibliográfica, que foi dividida em duas partes:

1. Do sistema de Controle Interno, do Programa de Integridade e do Procedimento de *Due diligence*.
2. Quanto do contencioso do FTCOVID do MPRJ para combate ao COVID19, no tocante às Portarias investigativas, Ações Propostas e o desenvolvimento dessas ações.

A pesquisa realizada, foi um trabalho científico jurídico uma vez que, foram utilizados métodos de pesquisas empíricas. Mais especificamente, os métodos utilizados foram de análise de estudo de caso, observação e exploratórias.

Já a regulamentação Jurídica trabalhada nesta pesquisa é a de “Prática Jurídica”, pois já existe norma aplicável à implementação do modelo de *Due diligence* como ferramenta de controle interno da Administração Pública, controle de gestão de

riscos e controle preventivo em licitações e contratos, sendo necessária à sua adequada regulamentação ou procedimentação infralegal para aplicação prática pela respectiva Administração Pública, conforme prevê o § 1º do artigo 169.

Com isso a Ciência do Direito, através da prática jurídica, demonstra, pelo exemplo praticado, que não há regulamentação específica para solucionar o problema; sendo assim, o modelo à ser exemplificado em formato de Resolução, irá criar o caminho para a procedimentação.

Portanto, a norma de direito positivo de que o problema da Dissertação trata, é principalmente o artigo nº169² da nova Lei de Licitações e Contratos, a 14.133. Esse artigo é interpretado, de maneira a formar o entendimento que ele passou à estabelecer *Due diligence* ou devidas diligências prévias à contratação e, ademais, demonstram a necessidade - que se verá abaixo, de criação de procedimentos infralegais pela Administração Pública, com auxílio dos órgãos de controle interno, para padronizar a gestão de risco *na licitação*.

O conhecimento jurídico, foi fruto da verificação de experiências já testadas em modelos similares ao proposto, principalmente através de dados empíricos das aplicações de exemplos de *Due diligence*, na própria Administração Pública e as utilizadas no âmbito privado. A população integrante e a amostragem que foi pesquisada se baseou no fato social dessa investigação, que são as denúncias de corrupção, de fraudes e de irregularidades nas contratações junto a Administração Pública da Secretaria de Saúde do Estado do Rio. Neste sentido, a população analisada na pesquisa foi:

- 1) O Ministério Público do Estado do Rio;

² Lei Federal 14.133/2021. DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES. Art. 169. AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DEVERÃO SUBMETER-SE A PRÁTICAS contínuas e permanentes DE GESTÃO DE RISCOS E DE CONTROLE PREVENTIVO, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se m os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

- 2) Os servidores públicos que participaram dos processos licitatórios investigados; e
- 3) Os licitantes, seus sócios ou representantes legais, que participaram das contratações investigadas pelo MPRJ.

A Amostragem integrante da pesquisa foi:

- 1) Contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio;
 - a) Contratações realizadas para o combate ao COVID19;
 - i. Contratações realizadas em 2020;
- 2) ACPs e Portarias de investigação propostas pelo Ministério Público do Estado do Rio
 - a) Irregularidades nas contratações da Secretaria de Saúde do Estado do Rio;
 - i. Irregularidades nas contratações para o combate ao COVID19;

No tocante as Variáveis, que “*são interferências na pesquisa, decorrentes de circunstâncias alheias ao labor investigativo, longe de suas forças, mas previsíveis ou monitoráveis*”³, nesta apuração realizada, elas foram separadas em dependentes e independentes, pois bem, *poder-se-ia ter como variável uma lei que venha a entrar em vigor no curso da pesquisa e especificasse a imputação da Due diligence para as contratações Públicas. Esta variável seria chamada de independente, porque pode interferir ou não na resolução da corrupção nas contratações públicas, que será outra possível variável, dependente daquela se comprovado que a promulgação foi decisiva para a resolução da corrupção nas contratações ou independente se sobrevier de um fenômeno cultural, religioso ou por outros motivos.*⁴

Então, a variável independente é a de número 1 e as dependentes, são as do lado direito na tabela da independente, de a) à c) veja a seguir:

³ FINCATO, Denise Pires; GILLET , Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: Do Projeto de Pesquisa à Banca.** 3. ed. Curitiba: Editora Sapiens, 2014, p. 33.

⁴ FINCATO, Denise Pires; GILLET , Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: Do Projeto de Pesquisa à Banca.** 3. ed. Curitiba: Editora Sapiens, 2014, p. 33.

Quadro 1:

Variável Independente		Variável Dependente
1	A Secretaria Estadual de Saúde não realiza <i>Due diligence</i> de nenhuma das suas licitações, licitantes ou contratações	1-a) Evidenciasse que a não implantação de um Programa de Integridade na Secretaria Estadual de Saúde /RJ, foi decisiva para a crise na Secretaria no início do ano de 2020?
		1-b) Evidenciasse que a não realização da <i>Due diligence</i> pela Secretaria Estadual de Saúde , foi decisiva para a crise na Secretaria no início do ano de 2020?
		1-c) A implantação do Programa De Integridade e do procedimento de <i>Due diligence</i> na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, irá evitar a ocorrência da corrupção nas contratações de fornecedores, como os da crise da Saúde de 2020 no RJ?

O tema sugerido possui extrema relevância para o público e a sociedade, pois ele objetiva evidenciar, se o método testado e comparado, conseguiu gerir riscos de contratação e assim mitigá-los.

A pesquisa se expressa através do seu resultado, ou seja, na possibilidade de demonstrar que a aplicabilidade de controles internos preventivos na Administração Pública, pode trazer benefícios junto a sociedade.

O modelo é prático e objetivo, não havendo complexidade na congruência e formação dos conceitos de execução. A pesquisa deve demonstrar clareza de raciocínio e encadeamento de ideias compatível com o ordenamento jurídico atual. E é por este motivo, que a Dissertação possui aderência à linha de pesquisa do PPGD da UNIRIO, pois o tema desenvolvido tem total aplicabilidade a área de concentração do programa do Mestrado em Estado, Sociedade e Políticas Públicas.

Uma vez que, a Linha de pesquisa é “*Estado, Constituição e Políticas Públicas*”, o modelo de avaliação reputacional para as contratações em âmbito da Administração Pública, ataca diretamente o papel do Estado na sua ordem econômica da sociedade. O modelo em pesquisa, busca ajudar na eficiência do processo de contratação e na lisura do processo de licitação, para filtrar licitantes que não demonstrem idoneidade e assim, prezar pelos princípios da Administração Pública como a legalidade, moralidade, eficiência, licitação e autonomia gerencial, conforme sua previsão constitucional no artigo 37 da CRFB.

1. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE DUE DILIGENCE DE LICITANTES COMO UM DOS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE E MECANISMO DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pois bem, primeiramente se pergunta o que se entende por Programa de Integridade; qual a definição jurídica de Programa de Integridade? Para tanto, nesta explicação será utilizada a referência da CGU como padrão a ser seguido neste estudo e referência de pesquisa. Neste sentido, ela define o *Programa de Integridade como um conjunto estruturado de medidas institucionais para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraude e irregularidades*⁵.

Nesse ponto, uma das lições mais importantes na implantação de um Programa de Integridade é a essencialidade quanto à institucionalização do Código de Ética ou Código de Conduta, além da Comissão de Ética – ou Comitê de Ética, isso, em de acordo com o Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública da CGU e no seu Manual para implementação de Programa de Integridade, descrito da seguinte forma: ... reunir as informações relativas à: Relação dos principais instrumentos legais internos relativos à área de integridade..., tais como regimento interno, código de ética, plano de capacitação, portarias e etc.; Unidades de integridade existentes são responsáveis pela gestão dos controles internos, comissão de ética, canal de denúncias e demais⁶.

Portanto, desde já, fica claro que a aplicação do modelo de *Due diligence* na rotina da Administração Pública, será impossível caso não exista um Programa de Integridade implantado ou em andamento na sua construção uma vez que, a busca pela conduta ética também é princípio fundamental da atividade de *Due diligence* e portanto, se a cultura que se adota no Programa de Integridade de conscientização, não estiver

⁵ Programa de Integridade da CGU. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/acao-a-informacao/governanca/programa-de-integridade-da-cgu>. Acessado em 22.03.2022.

O Programa de Integridade da CGU consiste em um conjunto estruturado de medidas institucionais para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades e de outros desvios éticos e de conduta. Tem como um de seus objetivos assegurar que dirigentes, servidores e demais colaboradores da organização atuem segundo os valores, princípios éticos e padrões para cumprimento de sua missão, dentro dos limites da legalidade, da eficiência e da moralidade administrativa. O Programa está estruturado em quatro eixos: comprometimento e apoio da Alta Administração, existência de unidade responsável pela implementação do programa, gestão de riscos associados ao tema integridade e monitoramento contínuo dos atributos do Programa.

⁶ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública**: Orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, abril de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>. Acessado em 22.03.2022. "...deverá previamente: (i) levantar a situação de suas unidades de integridade, tais como canal de denúncias, comissão de ética etc. e, caso necessário, estabelecer medidas para sua criação ou fortalecimento; 3.3. Elaboração do plano de integridade. Como fazer. 1) ... reunir as informações relativas à: Relação dos principais instrumentos legais internos relativos à área de integridade..., tais como regimento interno, código de ética, plano de capacitação interna, portarias etc.; Unidades de integridade existentes (área responsável pela gestão dos controles internos, comissão de ética, canal de denúncias etc.);"

sendo aplicada em todas as atividades do órgão, mesmo que a *Due diligence* aponte qualquer alerta, ele será irrelevante perante a “cultura de omissão”.

1.1. O CONCEITO E A ORIGEM DA *DUE DILIGENCE* PRÉVIA À CONTRATAÇÃO

Como se pode observar na obra da Fernanda Santos Schramm⁷, conceitos de Licitação e Contratos são confundidos com os adequados conceitos de *Due diligence* de contratação em *Compliance (Programa de Integridade)*, que se valem mais nas leituras reputacionais propriamente ditas do que em avaliações técnicas e operacionais da capacidade do fornecedor em atuar numa demanda legitimamente.

Portanto, foi necessário trazer ao estudo, diversos autores, pesquisadores e estudiosos sobre o tema, para que não restasse dúvidas. Ainda vale esclarecer, que tal variedade de pensadores irá representar um seguimento de revisão bibliográfica sobre o assunto, dentre as bibliografias que foram utilizadas no trabalho, porém, para explicar parte da origem da *Due diligence*, será necessário abordar as obras do Direito Societário, que sempre tiveram ampla experiência neste tema, principalmente nas operações de M&A, (Mergers and Acquisitions)⁸. Pois bem, sendo do Direito Societário, que se traz a primeira conceituação de *Due diligence*, onde os autores Ricardo Maciel e Izabela Seyr, ao descrevem a DD, como uma fase em que partes de uma negociação, sopesam dados de diversos âmbitos, como jurídico e financeiro, o fazem isso para conseguirem realizar uma análise, que confirme a validade e possibilidade de uma transação. Segundo os autores, este trabalho de busca padronizada, é utilizado com o intuito de reunir evidências de fatos terminantes, além de, elementos cruciais sobre o que pode ser mais saliente para a tomada de decisão⁹:

Da coletânea de artigos "*O alinhamento estratégico do compliance para gestão pública*" traz-se a segunda conceituação de *Due diligence*, desta vez escrito por Rubens Willer e Dilene Zapparoli, em que estes afirmam que o termo, *também conhecido como*

⁷ SCHRAMM, Fernanda Santos. ***Compliance nas contratações Públicas***. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

⁸ MACIEL, Ricardo; SEYR, Isabela. M&A é a abreviação de Mergers and Acquisitions, que significa Fusões e Aquisições, tendo seu conceito em *transações comerciais a serem efetivadas e devido a diversos fatores. Uma nova empresa deve ser formada com a observância a certos fatores relevantes*. *Due diligence e M&A: fusões e aquisições*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 97-101.

⁹ MACIEL, Ricardo; SEYR, Isabela. ***Due diligence e M&A: fusões e aquisições***. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

avaliação prévia de contratação, busca avaliar o histórico, estrutura societária e financeira dos terceiros, para evitar possíveis riscos ¹⁰.

De acordo com Legal Ethics Compliance, da obra, *Dos Pilares de Compliance*, dos autores Sibille e Serpa, com base nos estudos oriundos da Federal Sentencing Guidelines, é de lá que eles descrevem o conceito de Due diligence, ou seja, *Fornecedores, representantes e outros parceiros devem ser submetidos a uma rigorosa due diligence. Ou seja, é importante avaliar o histórico de cada um deles antes de se estabelecer uma relação contratual* ¹¹.

Em mais duas obras de autores na matéria do *Compliance*, traz-se – para que não reste dúvida nesta leitura, da obra de Ricardo Maciel e Isabela Seyr, que conceituam a ferramenta do Due diligence *em um instrumento que busca mitigar possíveis eventos de risco e exposições da empresa, bem como protegê-la de práticas corruptas em suas relações com terceiros. Mecanismo de prevenção por excelência, portanto a Due diligence possui por intento, alertar e reduzir os possíveis envolvimento da empresa em fraudes e ilícitos que possam macular a sua reputação bem como impactar diretamente a gestão operacional ou financeira do negócio.*¹²

Na obra do Rodrigo Pironti e Marcelo Zenkner, conceituasse a Due diligence *como um processo que visa buscar informações sobre determinadas empresas e pessoas com as quais a administração tem a intenção de se relacionar, estes processos podem ser realizados em diversas situações como a contratação de fornecedores.*¹³

Já para a Procuradora da República, Carla Veríssimo, a ampliação do tema *Due diligence* passa diretamente pelas Devidas Diligências dos clientes, o que é melhor definido, segundo ela, pelas regulamentações e *Recomendação 10 do GAFI, relativa à devida diligência acerca do cliente, sendo que, a manutenção de registros, estaria refletida no inciso I, §2º, do art. 1º e art. 2º, da Circular BACEN 3.461; nos arts. 1º e 3º*

¹⁰ WILLER, Rubens; ZAPAROLI, Dilene. A importância da *compliance* nas instituições públicas: os mecanismos de implementação do *compliance* no setor público. CRUZ, Annabelle Lima Magalhães; CRUZ, Luiz Marcelo Magalhães (Orgs.). **Novas interfaces sobre gestão pública**. 1. ed. Curitiba: Editora Bagai, 2022, p. 18.

¹¹ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de Compliance: uma breve discussão. LEC Legal Ethics Compliance; 2016.

¹² CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas**: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 73.

¹³ ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance no Setor Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 368.

da Instrução CVM 301/99; no art. 7º da Circular SUSEP 445/12; nos arts. 4º e 8º da Resolução COAF 24/13; e nos arts. 5º e 9º da Instrução PREVIC 18/14^{14,15}

Exemplificando essas bases legais, segue abaixo uma amostra do GAFI primeiramente, para em seguida as demais:

10. Devida diligência ao cliente *instituições financeiras deveriam ser obrigadas a tomarem medidas de devida diligência ao cliente (DDC) quando: (...); houver suspeita de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo; ou a instituição financeira tiver dúvidas com relação à veracidade ou adequação de dados de identificação do cliente obtidos anteriormente.¹⁶

No tocante à origem da *Due diligence*, há algo curioso quanto à pesquisa internacional, pois é difícil encontrar um consenso, já que o procedimento - ou a ferramenta - já era utilizada há bastante tempo, mesmo quando ela não tinha essa nomenclatura; sendo assim, explorou-se bastante o artigo internacional sobre direitos humanos, “*Human Rights Due diligence*”. Tradução: *A devida diligência tem origem nas ferramentas legais que os Estados já estão utilizando para garantir que o comportamento empresarial atenda às expectativas sociais, incluindo as normas estabelecidas por lei.*¹⁷

Portanto, por se fazer necessário ser mais exato e confirmar o ponto de origem histórica da *Due diligence*, com o objetivo de estabelecer um ponto de partida para a sua origem; recorre-se à doutrina sueca sobre o tema, para pacificar esse momento. Segue abaixo o referido texto:

Tradução - Tal determinação em si não sugere o significado do conceito na lei sueca atual porque o conceito é predominantemente cercado por um novo contexto, mas a descrição ainda dá uma imagem inicial do valor do conceito na jurisprudência. O termo *Due diligence* é um conceito legalmente qualificado que tem suas raízes na lei romana e anglo-americana. O termo está originalmente associado a diferentes padrões de ação, ou seja, um grau de cuidado que uma pessoa deve praticar em uma situação particular. No direito romano, formou-se o conceito de diligência, que significava uma norma legalmente mandatada para os indivíduos agirem de acordo com seu papel em diferentes situações. Diligência é, portanto, em princípio, o oposto do juízo sueco, portanto, corresponde a um Rister usou o termo para negligência, culpa. agindo com a devida diligência um ato que foi sem culpa. Embora a influência do direito romano no direito anglo-americano seja considerada limitada, o conceito veio a influenciar o direito inglês durante a Idade Média.

¹⁴ BRASIL. Poder Executivo Federal. (SIC/CGU). [Brasília]: CGU, [2022?]. Normas Regulamentadoras. Inciso I, §2º, do art. 1º e art. 2º, da Circular BACEN 3.461; nos arts. 1º e 3º da Instrução CVM 301/99; no art. 7º da Circular SUSEP 445/12; nos arts. 4º e 8º da Resolução COAF 24/13; e nos arts. 5º e 9º da Instrução PREVIC 18/14.

¹⁵ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo a adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>

¹⁷ SHUTTER, O. et al. *Human Rights Due diligence*: The role of States. **Static1**, December 2012. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fd45aa4464/58671817d2b857fd0d141820/1483151386977/Human-Rights-Due-Diligence-e-Role-of-States.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

O conceito divergiu na lei inglesa em vários graus diferentes de diligência. No século XVI, foram estabelecidos três níveis: comum, alto e baixo. A escolha entre esses níveis, no entanto, dependia das circunstâncias do caso particular. A *Due diligence* surgiu como uma referência geral ao cuidado que, ao invés de estabelecer um padrão com conteúdo material em diferentes situações, apenas se refere de forma geral às circunstâncias particulares no momento do ato. Uma definição legal geral é assim: Tal medida de prudência, atividade ou assiduidade, como é esperado e normalmente exercido por um homem razoável e prudente sob as circunstâncias particulares; não significa por qualquer padrão absoluto, mas dependendo dos fatos relativos do caso especial.¹⁸

Como dito antes, existem autores que dizem que a origem da *Due diligence* remonta aos anos de 1933 e nos EUA, pois *os antecedentes históricos que deram origem à Due diligence, de forma a compreender melhor este fenómeno, remonta ao referido período, tratando-se de um diploma legal que versava sobre os valores imobiliários, denominado Securities Act.*¹⁹

*Tal Lei Norte Americana foi uma das medidas adotadas por Theodore Roosevelt, para proteger os investidores no mercado de valores mobiliários, após a crise de 29, assegurando assim maior transparência nas demonstrações financeiras das empresas, face as atividades fraudulentas que chocaram o mercado de valores mobiliários naquele ano.*²⁰

Ambas as explicações de origem, são razoáveis, porém, a que advém da experiência Americana, por parte da crise de 29, possui um maior número de adeptos, replicando tal ascendência, até mesmo em razão da própria origem do Programa de Compliance ter equiparação com o período pós da crise de 29, isto é, justificando-se atrair a ferramenta da *Due diligence*, já que tal procedimento, se tornaria um pilar do Programa de Integridade/ compliance. Sendo assim, é compreensível, que a classificação de grau de risco, escolhida entre as categorias de comum, alto e médio, na idade média pelo Direito inglês, justifique que a *Due diligence* tenha seu marco temporal neste período.

1.2. O PROGRAMA DE COMPLIANCE PÚBLICO COMO MECANISMO DE CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁸ SEVENIUS, ROBERT. *Om “Due diligence” — företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt.* Robert Sevenius är jur. kand. och ekon. lic. Verksam vid bl.a. Juridiska institutet på Stockholms universitet och Avantus Corporate Finance. Under arbetet med artikeln har Jon Kihlman, Annika Melin Jakobsson, Niklas Nordh och Catarina af Sandeberg agerat bollplank och kritiker. Suécia: SvJT. 2007.

¹⁹ ALVES, Cristina Jesus da Rocha. *A pertinência da Due diligence: questões subjacentes no processo negocial.* Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão), Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2019.

²⁰ SOUZA, Fernanda Nunes Lana e. *Due diligence na contratação de terceiros: ferramenta necessária para a boa governança corporativa nas empresas privadas?* *RFID*, São Paulo, v. 2, n. 1 p.105-117, ago.-dez. 2020.

A implementação de sistemas de controle interno baseado no risco, e o fortalecimento da integridade em licitações públicas, são duas das áreas analisadas pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que se conectam bastante com essa pesquisa, principalmente em função do relatório de avaliação de aspectos referentes à governança. Tais observações, da OCDE²¹, ao longo dos seus anos de pesquisas em modelos anticorrupção, criaram um formato bem apurado sobre os controles efetivos praticados pelos países mundo afora, reforçando que na administração pública, para que os programas de Compliance sejam aplicados, é necessário que exista o fortalecimento das Controladorias Internas²².

Portanto, em ênfase as principais origens do controle interno, temos a criação do COSO em 1985, com o objetivo inicial de patrocinar a Comissão Nacional norte-americana de Fraudes Financeiras. Em 1992, o COSO editou o documento *Internal Control — Integrated Framework*, que passou a definir as atividades de Controle Interno nas seguintes categorias: *efetividade e eficiência das operações; fidedignidade dos relatórios financeiros e cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis*.

Ademais, também é necessário destacar, quanto o INTOSAI²³ (tradução - Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores), que em 2004, no âmbito do setor público, publicou o documento *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*, com os objetivos de: *a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e efetiva das operações; b) cumprimento das obrigações de prestar contas; c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; d) salvaguarda dos recursos a fim de evitar perdas, mau uso ou danos*.

E é por todo esse aparato e estrutura robusta internacional do Controle Interno, que uma de suas principais ferramentas²⁴ é o Programa de *Compliance* Público ou,

²¹ OCDE. Avaliação da OCDE Sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: Gerenciando Riscos por uma Administração Pública Íntegra. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pi-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>

²² WILLER, Rubens; ZAPAROLI, Dilene. A importância do *compliance* nas instituições públicas: os mecanismos de implementação do *compliance* no setor público. CRUZ, Annabelle Lima Magalhães; CRUZ, Luiz Marcelo Magalhães (Orgs.). Novas interfaces sobre Gestão pública. 1. ed. Curitiba: Editora Bagai, 2022, p. 19.

²³ INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions. A Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores opera como uma organização guarda-chuva para a comunidade externa de auditoria governamental. É uma organização não governamental com status consultivo especial junto ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.intosai.org/>. Acessado em 30 de janeiro 2023.

²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 10 artigos sobre controle da Administração Pública assinados por grandes juristas. In: 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), 2010.

como a Administração Pública prefere dizer, Programa de Integridade, sendo a Due diligence junto às contratações realizadas pela Administração Pública, um de seus pilares mais importantes, como bem prevê a nova lei de Licitação e Contratos. E vale ressaltar, que a NLLC, descreve em seu capítulo III, o item *controle das contratações*, ou seja, do seu artigo 169 em diante ela descreve as regras gerais para o controle interno da contratações, igualmente como também prevê o artigo 37 da CRFB, como também nos artigos 13 e 14 do Decreto Lei 200/67²⁵ no âmbito Federal e porque não a regulamentação, neste sentido, do Rio de Janeiro, já que este é o Estado no qual se estudará nesta pesquisa a crise da Saúde de 2020. Pois bem, a regulamentação do Estado do Rio de Janeiro – quanto ao seu Programa de Integridade, referenciado no Decreto 46.745/2019²⁶, regulamentado pela Resolução CGE 124/2022 (e Resolução CGE nº 172/2022 - Prorroga o prazo da 124)²⁷, é baseada no Programa de Integridade do Estado do Rio.

Ademais, se estamos cientes da importância do Programa de Integridade, precisamos entender como a sua origem se conecta com a formação do Estado de Direito no serviço público.

A origem dos Programas de Integridade é uma consequência da intervenção Estatal com a devida regulamentação para podar os excessivos impulsos do meio Privado de se autorregular, porém, como um mal necessário, já dizia Brian Tamanaha em *As Funções do Estado de Direito*, o Estado tem a função de impor restrições legais aos servidores públicos, exigindo deles que não se eximam de atuar em “*Compliance*”, ou seja, em cumprimento a todas as regras e normas do Estado.

²⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 de fev. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 01 fev. 2023. Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria. Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

²⁶ RIO DE JANEIRO. DECRETO Nº 46.745 DE 22 DE AGOSTO DE 2019. INSTITUI O PROGRAMA DE INTEGRIDADE PÚBLICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Diário Oficial Do Estado do Estado: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 23 de ago. 2019. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/site_fazenda/Subportais/PortalGestaoPessoas/Legislações%20SILEP/Legislações/2019/Decretos/DECRETO%20Nº%2046.745%20DE%20AGOSTO%20DE%202019_Institui%20o%20Programa%20de%20Integridade%20Pública.pdf?lve. Acesso em: 01 fev. 2023. - por fim, que o art. 6º, inc. II da Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018 estabelece que integridade é a função de controle interno que tem por finalidade conceber políticas e procedimentos destinados a prevenir a corrupção; Art. 8º - Para o cumprimento do disposto neste Decreto, os órgãos e as entidades deverão atribuir a unidades novas ou já existentes as competências correspondentes aos seguintes processos e funções: V - verificação do funcionamento de controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria;

²⁷ <http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2022/11/Res.-172.pdf>

Neste contexto, é possível lembrar, que em meados de 1877, quando a Suprema Corte Americana julgou *Munn v. Estado de Illinois* – onde se questionava a limitação Estatal à cobrança de taxas por serviços de empresas de transporte e armazenamento de grãos; a Suprema Corte manteve a intervenção Estatal pela constitucionalidade da regulação pois, às empresas privadas, quando afetam o bem comum e os interesses públicos, devem sofrer intervenções. Desde então, a América passou a instituir diversos regramentos que responsabilizavam as empresas e seus executivos, como a lei *Interstate Commerce Act*, de 1887; como a lei *United States Antitrust Law*, como a *Sherman Act* de 1890 e *Clayton Antitrust Act* de 1914; e a *Pure Food and Drugs Act* de 1906, entre outras.

Para tanto, na América, a partir de 1950, em função dessa crescente regulamentação estatal, com intuito de responsabilizar juridicamente as grandes Corporações e seus executivos, um grupo de advogados se mobilizou para estabelecer uma metodologia de implementação do programa de *Compliance* como forma de buscar a conformidade das empresas. Considera-se, de acordo com os anais da literatura pesquisada, que este é um dos primeiros registros de criação de uma iniciativa de autorregulação das empresas americanas, de forma preventiva, para se auto-protegerem de si mesmas ou de suas próprias ações passíveis de se reverterem em prejuízos para os investidores, seus colaboradores e até a própria sociedade, que às vezes, dependia daquela única empresa na sua região, sendo assim, temos posto o Programa de Compliance, isto é, uma gestão interna de controle do cumprimento das regras.

Em função dessa jurisprudência americana, que passou a estabelecer como mecanismo de atenuação das responsabilizações a vigência de Programas de *Compliance* nas empresas, o Estado mais uma vez precisou intervir para regulamentar o que se considerava como um Programa de *Compliance*, neste sentido, em 1991 foi publicada a *U.S. Federal Sentencing Guidelines (Sentencing of Organizations)*, que padronizou o reconhecimento dos Programas de Compliance.

No entanto, apesar desses importantes acontecimentos retratados para lastrear a origem do *Compliance* Público, o seu verdadeiro estopim está ligado, como no Brasil, a uma operação similar à Operação Lava Jato, nos EUA – também um escândalo de corrupção governamental, o famoso caso Watergate.

Graças ao caso Watergate, também muito inflamado pelas repercussões que ele trouxe a um outro esquema de pagamentos indevidos, por corporações, a funcionários públicos estrangeiros, o congresso Americano, em resposta ao clamor social, aprova em 1977 a lei *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), tornando ilegal a oferta de pagamentos transfronteiriços a agentes públicos estrangeiros, e o também *Ethics in Government Act* de 1978, impondo diversas regras de *Compliance* ao serviço público Americano, além de criar o escritório de ética governamental para promover a integridade e a prevenção de condutas ilícitas por agentes públicos. Aí está criada a primeira Controladoria Geral do Serviço Público da História.

No entanto, em dado momento, os olhos se voltam para as consequências impostas pelo FPCA, em função dos processos perante o *Department of Justice* (DOJ- Departamento de Justiça americano) - e da *Securities and Exchange Commission* (SEC), que são tão rigorosos, abrangentes e eficazes na aplicação do FCPA que passa a ocorrer uma concorrência desleal com aquelas empresas que não são alcançadas pela rigorosa lei, ou seja, as empresas que não são sediadas na América ou não possuíam ações negociadas nas bolsas de valores americanas, passaram a gerar uma pressão interna, por uma parte dos EUA, para que a comunidade internacional passasse a adotar também o mesmo tipo de regra antissuborno e anticorrupção. Neste sentido, a partir da década de 90, vê-se o surgimento de diversas políticas anticorrupção sendo recomendadas pelas organizações internacionais mais importantes da época.

Logo a implantação dos Programas começou a gerar impactos na Administração Pública e é por isso que se faz necessário entender seu histórico no Brasil.

Podemos perguntar: como se faz possível garantir que exista um conjunto integrado de leis, regras e normativas de estrutura institucional organizada, que se faça eficaz, sendo capaz de prevenir, detectar e remediar as ocorrências de desvios de conduta, do mais alto escalão até a mais humilde função pública, da mesma maneira que se estabelece o “Estado de Direito”?

Neste sentido a implantação dos Programas de *Compliance* na Administração Pública deveria gerar impactos coercitivos mais abrangentes e efetivos do que o próprio

aparecimento do Estado de Direito, através da sua dupla função e pela vontade do povo

28.

Pela relevância que o Estado de Direito reflete na instituição do Programa de *Compliance* Público, é oportuno fazer uma analogia comparativa ao Estado de Direito Formal com o Direito Material de Eduardo Garcia de ENTERRIA; neste sentido, se pode concluir que a evidência da implantação formal do Programa de *Compliance* Público, ocorre em acordo com a documentação de sua governança, como o código de ética/ conduta, suas políticas normatizadoras, as pautas dos treinamentos realizados, os slides dos temas abordados, a quantificação das pessoas capacitadas, a classificação e o número de denúncias internas recebidas, além dos processos de apurações devidamente registrados ²⁹.

No entanto, o Programa de *Compliance* é muito mais do que um mecanismo Formal resolvido em um simples ato de legalidade, ele também é uma inequívoca reinvidicação de valores supralegais e morais, que precisam estar introduzidos no íntimo dos indivíduos sob ele submetidos. Sendo assim, será somente com a materialidade do Estado de legalidade do Programa de Compliance/ Integridade, que será possível evidenciar a sua efetividade, como por exemplo, na conscientização das pessoas capacitadas ou treinadas, nas mudanças de rotinas ou nos procedimentos de melhoria e correção, fruto da percepção de vulnerabilidades na gestão das atividades, não podendo deixar de mencionar, quantos as denúncias investigadas, na efetiva punição dos servidores culpados pelo descumprimento das regras e finalmente, na mudança de atitude dos indivíduos.

Dando seguimento a esse marco histórico no Brasil (da criação do Programa de Integridade Público), é importante descrever a evolução normativa. Começando pela Lei anticorrupção, a Lei 12.846/2013, que traz a atenuação da responsabilidade da pessoa jurídica nas hipóteses em que se evidenciar um Programa de Integridade já instituído; e aqui vale uma explicação quanto à competência e aplicabilidade da Lei anticorrupção, uma vez que, apesar dela ter o seu maior objetivo e afeto nas empresas privadas que se

²⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 28, novembro/dezembro/janeiro de 2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-NOV-2012-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 30 de março de 2023.p.2.

²⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitucion. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 4, n. 10, janeiro-abril, 1984.

relacionam com a Administração Pública, vale lembrar que a Lei das Estatais prevê a aplicabilidade das sanções pela Lei anticorrupção às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e que, por consequência, aplica-se o Decreto Federal, regulamentador da Lei anticorrupção que padroniza os critérios mínimos para implantação de um Programa de *Compliance*, classificando esses critérios através de requisitos específicos de avaliação.

Ainda no ano de 2015, mais especificamente em dezembro de 2015, depara-se com o primeiro documento publicado pelo Poder Executivo Federal, sobre o Programa de Integridade Público, através da CGU: o Guia de Implantação de Programa de Integridade em Empresas Estatais. *“Esta publicação da coleção presta orientações para implantar ou aprimorar os programas de integridade das estatais federais, buscando o cumprimento de normas anticorrupção aplicáveis a essas entidades”*³⁰.

Seguindo nessa mesma toada, no ano seguinte ao lançamento do guia acima, segue-se para outro ato Legislativo que também é considerado como importante passo para o *Compliance* Público no Brasil, que é a criação da Lei das Estatais (13.303/2016)³¹, que passa a prever a existência de um setor de *Compliance* dentro de todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, em voga com o guia da CGU, de 2015.

Contudo, apesar de todo esse ‘consequencialismo’, foi somente em 2017 que se cria a obrigatoriedade da instituição de programas de integridade/*Compliance* no âmbito da Administração Pública federal, afeta aos órgãos e às entidades da administração

³⁰ Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf. Acessado em 03/10/2021.

³¹ Lei Federal 13.303/2016. (Lei das Estatais). Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores. § 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. § 3º A auditoria interna deverá: I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras. § 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *COMPLIANCE* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furta à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. Demais incisos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em 04 de outubro de 2021.

direta, autárquica e fundacional, conforme prevê o Decreto Federal 9.203/2017, em seu artigo 19, assinado pelo então Presidente Michel Temer, dispendo sobre a Política de governança da Administração Pública federal.

Feitas essas referências às iniciativas legislativas e ao marco histórico, finalmente se falará do PROFIP³², Programa de Fomento à Integridade Pública, criado em agosto de 2017, que se demonstra como mais um importante passo na linha do tempo da Integridade Pública Nacional. Ele foi instituído pela Portaria da CGU n° 1.827/2017³³ com o objetivo de incentivar e capacitar os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal a implementarem Programas de Integridade. Através do PROFIP os órgãos e entidades aderentes receberiam orientações para construir e adequarem mecanismos e procedimentos internos para prevenção, detecção e remediação de práticas de desvios de conduta. Na portaria fica claro que, em um primeiro momento, a adesão ao PROFIP era voluntária, sendo que os que aderissem precisavam ser capacitados pela CGU a elaborar um Plano de Integridade para implantação na sua instituição.

Em consonância com a proposta acima do PROFIP e com o objetivo de auxiliar os referidos órgãos, em agosto de 2017 a CGU lança o Manual para Implementação de Programas de Integridade no Setor Público, para *“apresentar uma proposta de implementação... por meio da elaboração de um Plano de Integridade..., bem como formas de acompanhamento e aprimoramento do Programa”*³⁴.

Em abril de 2018 foi a vez da edição do Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública; ele *“estabelece orientações para que os órgãos adotem procedimentos de estruturação, execução e monitoramento de seus programas de integridade ...”*³⁵.

³² Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/profip>. Acessado em 03/10/2021.

³³ Disponível em:

<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=04/09/2017>

Acessado em 03/10/2021.

³⁴ Disponível em:

https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf

Acessado em 03/10/2021.

³⁵ Disponível em:

<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>
. Acessado em 03/10/2021.

Então no mês de setembro do mesmo ano a CGU publica o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade na formação de PAR (plano articulado). O manual tem o intuito de orientar os servidores do Poder Executivo federal a realizarem uma avaliação de qualquer Programa de Integridade apresentado pela pessoa jurídica que está sendo processada, para fins de redução do montante da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei n.12.846/2013, nos termos do art. 18, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015.

Adiante, seguindo a ordem das publicações da CGU, no mês de outubro é publicado o Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade; ele *“foi elaborado para auxiliar os órgãos e entidades da administração pública federal ... nas etapas iniciais de sua gestão de riscos para a integridade”*³⁶.

Os Programas de Integridade, como bom sistema de controle interno, possuem o objetivo de gerir riscos, e neste sentido, no ano de 2019 a CGU instituiu a Portaria nº 57/2019 (alterando a Portaria nº 1.089/2018), para regulamentar o Decreto nº 9.203/2017 e estabelecer procedimentos para estruturação dos programas de integridade na Administração Pública. Essas Portarias formam um grande projeto de Política Pública Anticorrupção, pois a sua regulamentação definiu diretrizes, etapas e prazos para que os órgãos federais criassem os próprios programas com mecanismos para prevenir, detectar, remediar e punir fraudes e atos de corrupção. Os planos de integridade são obrigatórios e devem ser apresentados por todos os órgãos alcançados pelos normativos.

Por meados de junho do mesmo ano, a CGU elaborou o Guia Prático das Unidades de Gestão de Integridade, *“para fornecer orientações para a implantação de ... (UGIs), nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”*³⁷.

Nesse mesmo ano de 2019, o Governo Federal publica o Decreto 9.755/2019 que institui o Comitê Interministerial de Combate à Corrupção e em dezembro de 2020

³⁶ Disponível em:

<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acessado em 03/10/2021.

³⁷ Disponível em:

<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>. Acessado em 03/10/2021.

o Comitê apresenta o “Plano, Diagnóstico e Ações” com o objetivo de organizar a execução de “ações para aprimorar os mecanismos de prevenção, detecção e responsabilização por atos de corrupção que estejam no âmbito de competência do Poder Executivo federal”³⁸.

Mais um projeto que tinha o objetivo de implementar políticas anticorrupção, foi o Plano Anticorrupção “*Diagnóstico e ações do Governo Federal*”. O governo federal elaborou o Plano Anticorrupção para o período entre 2020 e 2025 com o objetivo de estruturar e executar ações para aprimorar, no âmbito do Poder Executivo federal, os mecanismos de prevenção, detecção e responsabilização por atos de corrupção, avançando no cumprimento e no aperfeiçoamento da legislação anticorrupção e no atendimento de recomendações internacionais. O Plano Anticorrupção permitirá que o governo federal (a) tenha um maior conhecimento sobre suas responsabilidades estabelecidas pelos normativos vigentes; (b) aprimore os marcos legais; (c) tome decisões embasadas a respeito das recomendações internacionais; e (d) defina as ações futuras a serem implementadas para robustecer e sistematizar seus mecanismos anticorrupção.³⁹

E por fim, neste histórico de desenvolvimento do Programa de Compliance dentro do controle interno, tem-se o SIPEF, através do Decreto 10.756⁴⁰ de julho de 2021, isto é, cria-se o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal. O sistema deveria coordenar e articular as atividades pertinentes à integridade pública, bem como constitui modelos para as medidas de integridade seguidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. O objetivo é aumentar a efetividade dos programas de integridade, acrescentando, assim, a prevenção a atos de corrupção no Brasil, tudo sendo totalmente comandado pela CGU⁴¹.

O SIPEF foi modelado de forma mesclada pela CGU – que agirá como instrumento central do sistema, mas, que também será coordenado pelas unidades

³⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorruptcao/plano-anticorruptcao.pdf>. Acessado em 03/10/2021.

³⁹ <https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorruptcao/plano-anticorruptcao.pdf>

⁴⁰ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.756-de-27-de-julho-de-2021-334837774>. Acessado em 03/10/2021.

⁴¹ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/governo-federal-lanca-sistema-de-integridade-publica-do-poder-executivo-federal-sipef>. Acessado em 03/10/2021.

setoriais (Unidades de Gestão de Integridade), que são aquelas responsáveis pela gestão da integridade dentro dos órgãos e entidades.⁴²

Neste sentido, é importante concluir que todas essas Políticas Públicas anticorrupção, como o PROFIP, Plano anticorrupção, o SIPEF, Comitê Interministerial de Combate à Corrupção, Política de governança da Administração Pública Federal, Programa de Integridade Público e agora, o mais novo plano do atual Governo, o Programa PRISMA, todos eles são um conjunto de atos em que fica marcada a iniciativa da União na promoção de Programas de *Compliance* Público como medida e ferramenta de controle interno na Administração Pública no Brasil, determinando regras e padrões, o que coloca a União em uma posição regulamentadora da legalidade.

1.3. A *DUE DILIGENCE* PRÉVIA DE LICITANTES, COMO UM DOS PILARES DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* PÚBLICO

Neste ponto, se desenvolve a *Due diligence*, com uma conotação histórica, para se contextualizar ela faz parte de uma das etapas do Programa de *Compliance* e que vêm ganhando muito espaço no Brasil, principalmente nos últimos anos. Todo esse desenvolvimento do *Compliance (Programas de Integridade)* é fruto da criação da Lei anticorrupção, conjuntamente com outras legislações, a repercussão da “Operação Lava Jato”, além de aplicações a reboque das legislações americanas e europeias.

Dentro do âmbito das contratações públicas, o *Compliance* ou Programa de Integridade, têm ganhado enorme relevância no tocante a avaliação de risco de contratações e sua manutenção, ainda mais pela recente de Lei de Licitação e Contratos, conjuntamente com as legislações estaduais que vêm obrigando empresas a apresentar a implantação de programas de integridade para contratar com a Administração Pública.

Neste sentido, com a implantação dos Programas de *Compliance (Programa de Integridade)* Público, umas das etapas mais importantes na Governança destes projetos, é justamente a *Due diligence*, que é parte importante em todas as estruturas de

⁴²

Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/governo-federal-lanca-sistema-de-integridade-publica-do-poder-executivo-federal-sipef>. Acessado em 03/10/2021.

Compliance (Programa de Integridade), de monitoramento e testes em avaliação de Riscos, principalmente quanto a futuros licitantes.

No estado atual do tema, na realidade prática do País, a avaliação reputacional de um fornecedor para a Administração Pública, está diretamente ligada a satisfação e segurança do cidadão, pela sua utilização daquele serviço, ou seja, se aquele fornecedor prestar um ruim serviço ao cidadão, este carregará consigo uma má reputação que conseqüentemente se refletirá naquele órgão específico. Neste sentido, na *Due diligence* prévia de licitante, ao se identificar um *red flag* (Alerta vermelho) sobre ele, que demonstra a sua má reputação, tal fato pode ser considerado como um presságio de problemas futuros, caso a contratação seja efetivada. Em um exemplo hipotético, pode-se ter um recém nomeado Ministro de uma pasta governamental, muito importante para o público, mas que diligenciando sua reputação e antecedentes, se traz à tona um histórico de fraudes.

Nos dias atuais, é de fácil identificação quanto a implantação do *Compliance (Programa de Integridade)* Público nos entes da federação, como os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e na União, isso porque, em seus sítios de internet e a divulgação na mídia, o tornam esses atos públicos. No entanto, a implementação da própria *Due diligence* como requisito prévio de contratação, na etapa de monitoramento de licitantes e procedimento nos processos de licitação e contratos, não é algo que se possa identificar com uma simples pesquisa.

Apesar disso, foi possível identificar, que demais pesquisadores jurídicos, como o Rodrigo Tavares de Sousa⁴³, conseguiu apurar, que na verdade existe um baixíssimo índice de implementação de práticas de *Due diligence* na administração direta, ou seja, cerca de 39,58% apenas implementaram entre toda a amostra, além de baixíssimos 10,71%, se considerada apenas a esfera federal de governo. Vale destacar, que nesta pesquisa se aponta que nenhum órgão federal inclui em seus instrumentos contratuais, de controle ou operacionais, medidas mitigatórias anticorrupção. É importante ressaltar que, nesta pesquisa, não foi possível confirmar métodos de avaliação investigativa, prévia à contratação.

⁴³ BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. *Análise dos programas de integridade no setor público brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública e Cooperação Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública e Cooperação Internacional, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

Com o panorama, no âmbito privado, dentro dos moldes atuais e quanto ao que é feito nos dias hoje de mais moderno e tecnológico no campo da *Due diligence*, com certeza está o mercado privado e em função disso, é que se desenvolvem pesquisas para medir a amplitude e a participação da *Due diligence* nas empresas.

Neste sentido, a KPMG, em 2021, realizou uma pesquisa sobre a Maturidade do Compliance no Brasil (Beyond Compliance), trabalho que está na sua 5ª edição. De acordo com o seu Sumário executivo, no tocante a Avaliação de riscos de Compliance, “apesar de 85% dos respondentes terem afirmado que um dos maiores desafios da área de compliance é identificar, avaliar e monitorar os aspectos de compliance e regulatório, somente 60% dos respondentes afirmaram possuir um inventário regulatório estabelecido e monitorado”, com isso, em efeito colateral a este aspecto, “49% dos respondentes afirmam não ter um processo eficiente de *Due diligence* para terceiros”, o que ratifica que identificar, avaliar e monitorar os riscos de terceiros é um enorme desafio, confirme abaixo:

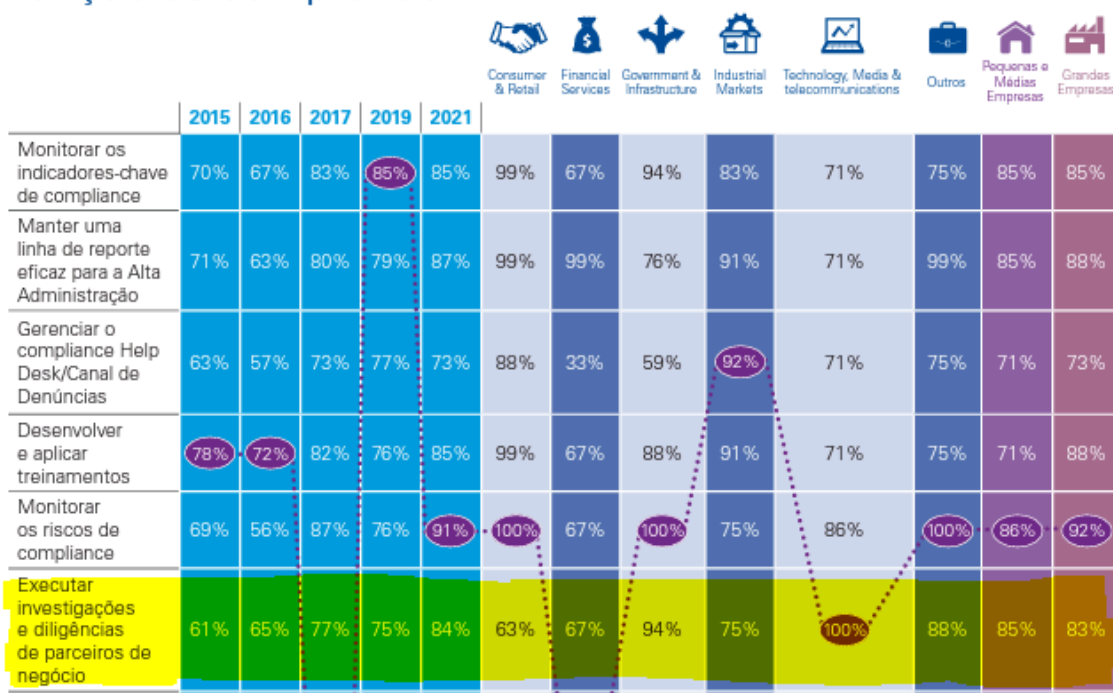
Imagem 12:



Ademais, tal importância em responsabilidade é tão grande no decorrer dos anos, que como é possível acompanhar na pesquisa da KPMG abaixo, de 2015 a 2021, a *Due diligence* saiu de quase último lugar entre as funções mais importantes de *Compliance* para 3º lugar, com o adendo que, na área de Government and Infrastructure (Governamental e Infraestrutura) ela é a 2º de maior responsabilidade na função de *Compliance*, atrás apenas da função de Monitorar Riscos de *Compliance*.

Imagem 13:

Principais responsabilidades da função de compliance



45

Sendo assim, não resta dúvidas quanto a importância do procedimento de Due diligence para o Programa de Integridade ou de Compliance e de que, um programa não será efetivo se o seu modelo de Due diligence não for efetivo, isto é, se o modelo de Due diligence não criar dificuldades na contratação, restrições de habilitação além de mecanismos e ferramentas de controle, ele não será efetivo.

1.4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DA APLICAÇÃO DA DUE DILIGENCE NO PROCESSO LICITATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No tocante à análise jurisprudencial e doutrinária, destacando os prós e contras e analisando os debates quanto à sua consonância ou não, deve-se trabalhar ainda dentro do marco teórico do tema principal, sendo necessário explorar aqui a controvérsia científica jurídica do fato social, para se aferir se há ou não o cumprimento da adequada legalidade e a compreensão da Lei de Licitações e Contratos, para a Administração Pública.

45

Disponível

em:

<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/07/KPMG-pesquisa-maturidade-compliance-2021.pdf>
 . Acessado em 20/01/2023.

E para explorar esse debate da controvérsia jurídica, é importante ressaltar, que a doutrina para esse tema é bastante diversificada, veja o Professor Rodrigo Pironti ⁴⁶, que fala sobre a possibilidade de limitação do licitante e o seu acesso a licitação ou a Professora Mirela Miró que debate o case da Petrobrás e sua exigência de Programa de Integridade, como não, a sua inabilitação no momento da Due diligence de Integridade, quando o fornecedor não possui o programa integridade ⁴⁷ e nessa mesma toada, está a Procuradora da República Dra. Carla Veríssimo, que faz referência ao GAFI (o Grupo de Ação Financeira (em inglês, FATF – Financial Action Task Force) para citar os fluxos de obrigação para a Due diligence ou Devida Diligência. Apesar disso, em sua obra principal se percebe um tom de crítica na falta de flexibilidade dos resultados geradores pela Due diligence, ou seja, como a Procuradora explica, a publicidade da avaliação da Due diligence, pode ser considerado como uma sanção para a contraparte ⁴⁸. Destacar também, a Professora Fernanda Schramm ⁴⁹ que é uma defensora da Due diligence e que fala que tal medida é necessária, pois em primeiro lugar a proteção preventiva, pois é melhor debater sua aplicabilidade antes do licitante entrar do que ter que ser submetido a algum processo legal depois. Não podendo deixar de falar dos pesquisadores Franklin Brasil e Kleberon Roberto ⁵⁰, que através de seus estudos de combate a corrupção e em técnicas de detecção de fraude na Administração Pública, demonstraram como aplicar a Due diligence em licitações públicas através de método de detecção de cartéis e fraude em modelo proativo de investigação por formato de auditoria.

Na abordagem da controvérsia jurídica, no tocante aos efeitos criados pelos resultados da aplicação da *Due diligence*, os debates doutrinários atuais vibram mais para um lado, ou seja, há vertentes contrárias aos seus impactos de impedimento ou limitações em contratações, além de vertentes favoráveis a este efeito. Dentro deste debate, alguns discursos sustentam que, quando o resultado da *Due diligence* impede ou limita a participação de licitantes em processos licitatórios, ele está impedindo a devida concorrência e o livre mercado, isto é, a *Due diligence* estaria agindo de maneira inconstitucional, entendimento diferente dos que defendem o seu resultado, pois

⁴⁶ ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Compliance no Setor Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 368.

⁴⁷ ZILIOOTTO, Mirela Miró. Compliance nas Contratações Públicas: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

⁴⁸ VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo a adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 140.

⁴⁹ SCHRAMM, Fernanda Santos. Compliance nas contratações Públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

⁵⁰ SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. Como combater a corrupção em licitações: Detecção de Prevenção de Fraudes. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

segundo eles, cria o mesmo impacto ou melhor, ao impedir ou limitar a participação do licitante, isso significa que a *Due diligence* funcionou como deveria.

Eduardo Langoni escreve em seu livro, *Compliance nas Contratações Públicas*, que a exigência de Programas de Integridade é inviável como documento de habilitação para as licitações públicas e que por isso ele passou a ser exigido como condição nos contratos, ou seja, em uma análise concorrencial, ao invés deste procedimento limitar o acesso à licitação, segundo ele, o efeito é justamente o contrário, ou seja, que a exigência do Programa de Compliance, como condição contratual, tornaria a participação mais ampla⁵¹.

Mas por qual motivo se voltaria a falar aqui sobre o Programa de Integridade? Bem, veja-se o trecho abaixo, mencionado pelo autor Eduardo Langoni em seu livro, no tocante ao Acórdão do TCU de nº 5.883/16, relatado pelo Ministro Bruno Dantas: “*é irregular a inabilitação ou desclassificação de empresa licitante por não ter indicado os seus dados bancários, pois tal informação, além de não estar prevista no rol taxativo dos artigos 27 a 31, da Lei n.º 8.666/1993, que estabelecem os documentos que podem ser exigidos na fase da habilitação, pode ser obtida mediante simples diligência*”; isto é, se está sendo dito pelo TCU, que na falta de uma documentação ou dado estratégico para a contratação, que pode ser obtido de forma pública e que hipoteticamente, a *Due diligence* identificou tal falta como um alerta de contradição, omissão ou referência negativa, isso não poderá ser utilizado para inabilitá-lo da licitação?

Aparentemente é o que o Ministro do TCU deu a entender, no entanto, tal avaliação parece ser um equívoco uma vez que, se tal falta é em função de uma nulidade absoluta, ou seja, a falta de tal informação fez com que avaliações de integridade deixassem de ser feitas, aí sim teremos uma situação em que o processo deixou de ser desenvolvido para aquele licitante, sendo assim, para não prejudicar os demais e a instituição que necessita da contratação, inabilitasse aquele concorrente e segue com os demais, porém, se tal falta foi em função de uma nulidade relativa, isto é, algo que não prejudica o curso do processo e pode ser facilmente reparado, não é ambígua a afirmação do Ministro.

⁵¹ OLIVEIRA FILHO, Eduardo Langoni de. *Compliance nas contratações públicas: análises sob os aspectos concorrenciais e anticorrupção*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 285-286.

Apesar de tudo, é importante deixar claro que, em todas as manifestações do TCU até o momento sobre o processo de *Due diligence*, seja na Administração Pública direta ou indireta, ele não se posicionou contrário à sua realização, ele apenas relata, que precisa analisar em processo próprio e específico sobre o tema, sendo que os processos que foram analisados até o momento nessa corte, foram referentes a casos concretos e passageiros ao tema principal. Em pesquisa realizada até o fechamento deste trabalho, não se identificou tal análise conclusiva por esse Tribunal.

Para deixar claro quais foram esses critérios de pesquisa no website do TCU, vale esclarecer, que a busca se deu na página de pesquisa integrada do TCU, na aba Acórdãos, sem a especificação do ano, ou seja, contemplando todo o acervo do tribunal, nos campos ASSUNTO; DECISAO; e SUMARIO, pelas palavras chaves “due diligence”, “devida diligencia”, “diligencia previa”, “prévia diligência” e “diligencia apropriada”.

1.4.1. A jurisprudência em relação à aplicação da *Due diligence* na licitação pela Administração Pública

Primeiramente, vale esclarecer que as pesquisas jurisprudenciais ⁵², conforme conceito em referência, se deram nos seguintes endereços:

TJRJ - <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/jurisprudencia>

TJSP - <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000>

TJES - <http://www.tjes.jus.br/category/jurisprudencia/>

TJMG - <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>

STJ - <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

STF - <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>

52

Disponível

em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/jurisprudencia-x-precedente#:~:text=Jurisprud%C3%Aancia%20%C3%A9%20um%20termo%20jur%C3%ADdico,ou%20as%20s%C3%BAmulas%20de%20jurisprud%C3%Aancia%2C> Acessado em 01/01/2023. Jurisprudência é um termo jurídico, que significa o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis. A jurisprudência pode ser entendida de três formas, como a decisão isolada de um tribunal que não tem mais recursos, pode ser um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, ou as súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria.

Ademais, estes foram os Tribunais selecionadas para a pesquisa, pois estes foram os Estados da Federação selecionados para a pesquisa comparativa com o Rio de Janeiro, conforme explicado no tópico 1.6.. Os campos de pesquisa aplicados na busca nesses websites foram: Aba jurisprudência de cada Estado e STJ mais STF, sem a especificação do ano, ou seja, contemplando todo o acervo, com a busca pelas seguintes palavras chaves: “due diligence”, “devida diligencia”, “diligencia previa”, “prévia diligência” e “diligencia apropriada”.

Sendo importante esclarecer que não foram encontradas decisões judiciais nem jurisprudência no tocante ao questionamento da utilização da *Due diligence* pela Administração Pública Direta; ou seja, não se encontrou conflitos pela sua execução direta por Secretarias estaduais ou municipais, ou demais órgãos da administração direta da União, apenas por Estatais como, principalmente pela Petrobrás, que se irá falar aqui amplamente.

Portanto, vale comentar, antes de adentrar nas jurisprudências que envolvem a Petrobras, que uma das justificativas para a realização desta dissertação, foram casos como esse: “*Petrobras suspende contrato com dona da JBS por corrupção. Companhia diz que vai romper acordo com a empresa energética Ambar, da J&F, após revelação de casos de corrupção em delação premiada de Joesley Batista*”.

Pois bem, na decisão do TJRJ noticiada acima, a UTE – Cuiabá teve o contrato de fornecimento de gás rescindido pela Petrobrás; neste caso, a UTE era cliente da Petrobrás que, por força da cláusula de *Compliance* (de Controle do Programa de Integridade), fez valer a rescisão em função dos fatos que vieram à tona em diligência de monitoramento da empresa. A decisão foi favorável à Petrobrás e no Acórdão, os Desembargadores foram mais a fundo, detalhando os fatos que originaram o resultado da avaliação reputacional, demonstrando que o fato possuía relação direta com o contrato rescindido; vide a ementa abaixo:

Decisão a quo revogando medida liminar concedida anteriormente. Controvérsia envolvendo fornecimento de gás natural pela PETROBRAS em favor da Empresa Agravante (ÂMBAR Energia Ltda.) para operacionalização da Usina Termelétrica Mário Covas ("UTE Cuiabá"). I - Contrato de Compra e Venda de Gás Natural na modalidade Firme e Inflexível. Rescisão Unilateral, mediante notificação extrajudicial. Violação à Cláusula de Governança - item 23.3 (Exigência de conduta ética). Rompimento do vínculo negocial fundado na ampla veiculação de notícia onde afirmam que executivos da J&F Investimentos, controladora da Recorrente, firmaram

acordo de delação premiada e leniência, confessando o pagamento indevido a agente público e vedado pelo art. 5º, inciso I da Lei n.º 12.846/13, objetivando sua intercessão junto ao CADE, referente a assunto relativo ao objeto do Contrato. II - Tese recursal sustentando que o conteúdo das delações não guarda qualquer relação com o objeto do Contrato e, ainda, segundo a dicção do negócio jurídico ajustado, não haveria autorização para que procedesse à rescisão unilateral, caracterizando abusiva sua conduta, além de implicar em gravíssimos danos. III - A partir da análise quanto à presença dos pressupostos autorizadores da medida antecipatória da tutela de urgência pretendida pela Parte Autora, verifica-se a contrário sensu dos argumentos apresentados na exordial que, muito embora, em primeira visada, possa ser configurada alguma irregularidade na rescisão unilateral da avença, apontando, a priori, para a probabilidade do direito autoral, existe previsão contratual expressa quanto à possibilidade de rompimento do vínculo negocial, em razão da violação das regras de condutas éticas e práticas contrárias as Leis de Anticorrupção. VIII - Delação premiada homologada perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sentido diametralmente oposto ao sustentado pela Agravante, de onde se observa que o acordo firmado pelos executivos da J&F Investimentos, expressamente está relacionado a fatos correlatos ao contrato objeto da presente demanda. IX - Benefícios concedidos no âmbito do "acordo de colaboração", que estão submetidos a nova avaliação pelo Poder Judiciário, em virtude de novos elementos foram suscitados pela Procuradoria Geral da República - PGR. X - Determinação de instauração de investigação para apurar indícios de irregularidades na "delação premiada" dos executivos do Grupo J&F, bem como pedido expresso de rescisão dos benefícios oferecidos, conforme amplamente divulgado pelos veículos de comunicação. Negado Provimento.⁵³

Os tais casos de corrupção que geraram a decisão da Petrobrás de rescindir o contrato mencionado acima, foram referentes ao acordo de 10,3 bilhões de reais que o MPF celebrou com a J&F e, tendo sido noticiado pela Empresa Brasil de Comunicações, em entrevista com a Procuradoria Geral da República, de que esta foi a *“a Maior multa já aplicada no mundo em acordos de leniência será paga em 25 anos. A holding disse que arcará com todos os pagamentos, para não prejudicar acionistas minoritários”*.

Logo, no acordo do MPF – v. decisão do STJ abaixo, o presente acordo que vinha sendo questionado em meados de 2022 foi mantido sem qualquer alteração.

Por meio do referido termo, comprometeu-se J&F INVESTIMENTOS S.A., na qualidade de controladora das empresas pertencentes ao seu grupo econômico, a contribuir com as investigações relacionadas aos fatos ilícitos por ela apresentados; aprimorar mecanismos internos de integridade da companhia e suas subsidiárias; e pagar, a título de multa, o montante de R\$10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), destinado a diversas instituições, entre elas o BNDES, a Caixa Econômica Federal – CEF,

⁵³ TJ-RJ - AI: 005028-43.2017.8.19.0000. RIO DE JANEIRO CAPITAL 21 VARA CÍVEL, Relator: REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, Data de Julgamento: 18/10/2017, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/10/2017.

a Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF; a Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS e a União Federal.⁵⁴

Agora, se relata a seguir um outro caso que também ganhou repercussão na mídia e por isso é importante para este trabalho, pois cria valor reputacional para a ferramenta de *Due diligence* na sua atuação preventiva da integridade da relação contratual.

Assim como se observa em outro caso envolvendo a Petrobrás, que junto ao seu Programa de Integridade e com critérios ajustados de grau de risco, esta deixou de fora da licitante com avaliação de Grau de Risco ALTO. Essas decisões têm sido ratificadas pelos tribunais, pela legalidade da submissão à *Due diligence* e pelo impedimento que tal processo cria, com grau de risco específico que limita a participação de fornecedores em processos licitatórios; v. abaixo:

... a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) aos licitantes da Petrobrás como uma das etapas da chamada *Due diligence* de Integridade (DDI), “procedimento que visa a conhecer e avaliar os riscos de integridade aos quais a Petrobrás pode estar exposta, nos seus relacionamentos comerciais, com base na avaliação do perfil, do histórico, da reputação e das práticas de combate à corrupção dos nossos licitantes ” V - A atribuição de GRI alto ... não configura a qualquer ilegalidade, tratando-se de um critério de seleção obtido a partir da análise de fatores de risco de integridade, que se coaduna com a hodierna necessidade de adoção de políticas contra a corrupção, outros absurdos que foram constatados nas investigações sobre a gestão da merenda escolar ... envolvendo a própria Impetrante, conforme documentos acostados aos autos e notícias veiculadas nos principais meios de comunicação da época⁵⁵.

Nesse caso das merendas, houve uma manifestação do TCU sobre a regularidade do processo de GRI e DDI da Petrobrás, inclusive reiterando o problema reclamado no processo de etapa da fase “convite” do certame, ou seja, a classificação do DDI em grau “ALTO” à empresa licitante, se deu no processo de preenchimento de cadastro, que é anterior, e que com isso a empresa não recebeu o convite para participação; ademais, os critérios de avaliação do DDI estavam no processo de cadastramento e ele é validado, na sua utilização, conforme normatização pertinente, como descrito no Acórdão, como se pode evidenciar abaixo:

... não restaram configurados indícios de ilegalidade na realização do Convite 2210189.18.8. 9. Com efeito, o certame em questão foi realizado sob a égide

⁵⁴ SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 3203 - DF (2022/0359186-5). Edição nº 0 - Brasília, Publicação: sexta-feira, 25 de novembro de 2022. Signatário(a): MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Publicação no DJe/STJ nº 3523 de 25/11/2022.

⁵⁵ TRF2. Turma Especial III. Apelação Cível. 0035486-47.2018.4.02.5101. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Dj: 13/09/2019. Disponível: <https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845452613/apelacao-ac-354864720184025101-rj-0035486-4720184025101>. Acessado em: 22.03.2022.

do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto 2.745/1998, em que o convite figurava dentre as modalidades de licitação passíveis de serem utilizadas pela Petrobras, caracterizando-se pelo envio de cartas a empresas selecionadas atuantes no ramo pertinente ao objeto, inscritas ou não no registro cadastral da estatal. 10. Por sua vez, o padrão PE-1PBR-00436-Seleção de Fornecedores (peça 22), relativo a orientações no âmbito da Petrobras para a seleção de fornecedores por meio da modalidade convite, previa, no subitem 3.2.2, os indicadores utilizados, dentre os quais o GRI, para a identificação no seu cadastro dos fornecedores mais bem avaliados e dos que representavam os menores riscos para a Companhia. 11. Considerando, então, que o Decreto 2.745/1998 possibilitava à unidade requisitante dos serviços a serem licitados indicar as empresas que seriam convidadas a participar de convites e que o GRI figurava dentre os parâmetros previstos no padrão PE-1PBR-00436-@ para escolha dos fornecedores nessa modalidade de licitação, tem-se que a seleção das empresas participantes do Convite 2210189.18.8 ocorreu em plena conformidade com as regras então vigentes na Petrobras. 13. Como relatado, a representante não foi convidada a participar do Convite 2210189.18.8 por não ter sido enquadrada à época, segundo critérios pré-estabelecidos pela Companhia, dentre os fornecedores que lhe representavam os menores riscos. 14. Não se tratou, portanto, de desclassificação de licitante por não preenchimento dos requisitos de habilitação previstos no atual Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras (questão suscitada no TC 003.560/2019-8), ... 15. Destarte, não restou apurada no certame em exame a ocorrência de irregularidade como resultado dessa ação. 16. Já quanto à ocorrência de prejuízo ao erário na realização do Convite 2210189.18.8, conforme apurado pela unidade técnica, não se confirmou a alegação da empresa Convida Refeições Ltda. de que a sua exclusão desse certame teria ocasionado um custo adicional de R\$ 40 milhões aos cofres da estatal. 21. Não se tem notícia de qualquer indício de irregularidade no rearranjo realizado em decorrência das regras estabelecidas para o certame, que justificasse o aprofundamento dessa questão nos presentes exames. 23.

Destarte, pelos elementos inseridos nos autos, também não vislumbro a ocorrência de prejuízo ao erário em decorrência do Convite 2210189.18.8. 29. É que, consoante consta dos autos, a avaliação do Grau de Risco de Integridade (GRI) dos fornecedores por parte da Petrobras faz parte de um processo de investigação e coleta de informações sobre a idoneidade de uma empresa e dos integrantes do seu quadro societário, denominado *Due diligence* de Integridade (DDI), cujo objetivo é fornecer subsídios aos gestores da estatal sobre os riscos potenciais de fraude e corrupção no relacionamento comercial com fornecedores, parceiros operacionais e demais partes com as quais se relacione em processos de aquisições ou desinvestimentos. 30. Segundo a estatal, o procedimento de DDI, que visa aumentar a segurança nas contratações de bens e serviços e mitigar riscos em relação às práticas de fraude e corrupção, compreende, de um lado, a identificação de fatos de risco de integridade atrelados a determinada contraparte e, de outro, a verificação de se tal contraparte possui mecanismos de controle proporcionais aos riscos identificados e capazes de mitigar a exposição da estatal enquanto contratante. 31. Esse procedimento integra os elementos estabelecidos no âmbito do Programa Petrobras de Prevenção à Corrupção (PPPC), que prevê mecanismos de prevenção, detecção e correção de atos não condizentes com as condutas estabelecidas e requeridas pela Companhia, pautando a atuação das partes interessadas em iniciar e manter relacionamento com a Petrobras. 33. Trata-se, portanto, da gestão de riscos, com foco em controles preventivos, da Petrobras em seus processos de aquisição. 34. Por envolver ações de aprimoramento dos controles internos, cuja implementação decorre inclusive de determinações legais, tal matéria se insere na política de governança corporativa da Petrobras, abarcando todas as contratações da estatal. 37. Destarte, em vista da presente apreciação da matéria, na qual não se vislumbrou qualquer infringência aos princípios e

normativos legais no Convite 2210189.18.8 que pudesse configurar restrição à competitividade do certame, entendo, com as devidas vênias, que a presente representação deve ser considerada improcedente.⁵⁶

Ainda aqui, segue mais uma decisão, porém essa com características interessantes, pois a decisão não foi favorável ao Réu nem ao autor da Ação, determinando apenas que a licitação continuasse enquanto o réu apresentava os critérios e condições da regra que aplica o GRI, para que não restasse dúvida de que eles não atuavam em discricionariedade ao Réu.

FATOS ANTERIORES RELATIVOS À PRÁTICAS INFRACIONAIS JÁ DEVIDAMENTE SANCIONADAS POR ÓRGÃO REGULADOR (CADE), QUE, EM PRINCÍPIO, NÃO DEVEM POSSUIR CARÁTER PERPÉTUO. PARTE DOS MOTIVOS ESPECÍFICOS INDICADOS PARA A DESCLASSIFICAÇÃO DAS AGRAVANTES QUE JÁ SE ENCONTRA, APARENTEMENTE, SUPERADO, DEVENDO, POR ESSA RAZÃO, EM TUTELA CAUTELAR, SER AFASTADO, A FIM DE PERMITIR, EM TESE, SUA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME. CRITÉRIOS DE COMPLIANCE QUE, EMBORA POSSAM SER DOTADOS DE CERTA DOSE DE DISCRICIONARIEDADE (CONVENIÊNCIA/OPORTUNIDADE) PELAS AGRAVADAS, HÃO DE ESTAR VINCULADOS ÀS NORMAS LEGAIS E REGULAMENTARES, EDITAIS E CONTRATOS, COM RAZOÁVEL JUSTIFICATIVA, TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO, DE MODO A PERMITIR O PRÉVIO CONHECIMENTO, SUA ADEQUAÇÃO, BEM COMO A POSSIBILIDADE DE DEFESA ADMINISTRATIVA PELO INTERESSADO, COM VISTAS AO EXAME E À SOLUÇÃO FUNDAMENTADA DE SUAS CAUSAS DETERMINANTES, SOB PENA DE SER CONSIDERADA ABUSIVA E INVÁLIDA A INABILITAÇÃO. REANÁLISE DAS CONDIÇÕES DOS PARTICIPANTES, À LUZ DO EDITAL, DAS NORMAS E REGULAMENTAÇÃO EXISTENTES, A CARGO DAS AGRAVADAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, CONFIRMADA A TUTELA ANTECIPADA RECURSAL CONCEDIDA, NO QUE SE REFERE AO SOBRESTAMENTO DA LICITAÇÃO.⁵⁷

Neste contexto, o que fica claro é que a aplicação da *Due diligence* não é o problema; o problema é quando ela é aplicada ferindo os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da livre concorrência.

Para mais um exemplo, veja-se a jurisprudência abaixo, que nega o Agravo em Recurso Especial no STJ, uma vez que a empresa fornecedora foi classificada em GRI ALTO, principalmente por não apresentar provas adequadas de existência de um Programa de *Compliance*; porém fica evidente que a falta de transparência quanto aos critérios claros que levaram à avaliação feita pela Petrobrás, ao categorizar tal risco em

⁵⁶ ACÓRDÃO Nº 1845/2019 – TCU – Plenário. Processo nº TC 005.881/2019-6. Grupo: II; Classe de Assunto: VII – Representação. Interessados/Responsáveis: não há. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. Relator: Ministro Augusto Nardes. 8. Representação legal: Convida Refeições Ltda. Brasília: 2019.

⁵⁷ 0002262-83.2021.8.19.0000 – Tutela Cautelar – 36ª Vara Cível da Comarca da Capital. Juiz em 1º grau: Dr. Rossidelio Lopes da Fonte. ACÓRDÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA CAUTELAR.

grau 'ALTO', foi o que levou à decisão do órgão superior de negar os pedidos da Petrobrás. V. abaixo tal decisão:

Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 489, IV, e 1.022, do CPC/2015. Com efeito, o agravante sequer narra um único argumento que demonstrasse que a empresa CTIS não possui, efetivamente, um programa de integridade (*compliance*) proporcional e condizente com determinações objetivas, públicas, legítimas e na conformidade da Lei Anticorrupção em vigor, corroborando a versão autoral de que a atribuição de nível de risco "alto" se deu com base em uma genérica afirmação de desproporcionalidade do programa por ela adotado, bem como à veiculação de matérias jornalísticas datadas de mais de três anos atrás, sobre fatos ocorridos há mais de 10 anos. Destaque-se que, na mesma linha do já perfilhado nos documentos que instruem o recurso, o ora recorrente não aponta em que medida o programa de *compliance* implementado pelo grupo Sonda não seria proporcional às suas necessidades, o que obsta, inclusive, uma eventual adaptação da empresa às condições impostas para participar de licitações. De outro giro, conforme o próprio recorrente assinala em suas razões, o procedimento administrativo deflagrado (e que culminou na atribuição de Grau de Risco Alto -bandeira vermelha ao ora agravado) possui caráter sigiloso, em razão do que não haveria que se falar em ampla defesa e em contraditório para seus fornecedores. Outrossim, também afirma que a atribuição de Grau de Risco Alto não se trataria de uma sanção, nem de um documento cadastral, entretanto, é patente o prejuízo sofrido pela empresa que se vê impedida de participar de licitações promovidas pela Companhia, dano este que advém de um procedimento, agora, confessadamente unilateral-inquisitivo. Por fim, vislumbra-se do "quadro de parâmetros, esclarecimentos e conclusões", por ela apresentada no bojo de seu recurso e reproduzida nas contrarrazões de fls. 232/256, um descomedimento entre as conclusões e motivos de insubsistência referenciados pela Petrobrás com a respectiva atribuição do Grau de Risco mais elevado à empresa ora recorrida.

6. Agravo interno a que se nega provimento.⁵⁸

Em continuidade a essa coletânea de jurisprudências sobre a viabilidade da *Due diligence* - ou não, se verifica mais uma abaixo, onde o fornecedor desclassificado da licitação, indignado com a decisão que o manteve fora do processo, foi até o STJ reclamar; porém esse Tribunal não acolheu seus argumentos, ao contrário, explicou que: "*em harmonia com os ditames da ... ("Lei Anticorrupção"), ..., embasam e respaldam as normas do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás (RLCP) que preveem a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) aos fornecedores da Petrobrás como uma das etapas da chamada Due diligence de Integridade (DDI)*"; veja em seguida:

"A recorrente, ao deduzir a tese no sentido de "a Lei das Estatais não prevê, em nenhum momento, que a avaliação unilateral da PETROBRAS sobre o

⁵⁸ PROCESSO. AREsp 1890199. RELATOR(A) Ministro FRANCISCO FALCÃO. DATA DA PUBLICAÇÃO 15/02/2022. DECISÃO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1890199 - RJ (2021/0134395-7) DECISÃO

grau de risco de integridade de determinado fornecedor tenha relevância prática, muito menos que um suposto "risco de integridade" decorrente da falta de programa de *compliance* adequado (aos olhos da avaliação secreta da PETROBRAS) dê ensejo a uma sanção automática, que impeça a participação do fornecedor em determinada LICITAÇÃO" (fl. 1906) deixou de impugnar o fundamento do acórdão recorrido segundo o qual "em harmonia com os ditames da Lei 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção"), em especial os seus artigos 63 a 65, embasam e respaldam as normas do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás (RLCP) que preveem a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) aos fornecedores da Petrobrás como uma das etapas da chamada *Due diligence* de Integridade (DDI)" (fl. 1857) A referida fundamentação, por si só, mantém o resultado do julgamento ocorrido na Corte de origem e torna inadmissível o recurso que não a impugnou. Incide ao caso a Súmula 283/STF". Ressalte-se que o *error in procedendo*, ou erro de forma, é vício processual, decorrente do descompasso entre a decisão e as regras processuais. ... Assim, evidencia-se não ter ocorrido falta de clareza, insuficiência de fundamentação ou erro material a ensejar esclarecimento ou complementação do que já decidido. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 25 de agosto de 2020. Ministro Benedito Gonçalves Relator.⁵⁹

Finalmente se chega ao STF, o tribunal colegiado mais importante do Brasil, e se está aqui é porque se faz muito importante que se escute aqueles magistrados; o que não poderia ser diferente quanto à *Due diligence*: o que eles pensam dela? Para tanto, no tocante à única decisão encontrada no STF sobre o tema, ela ocorreu a 09 de abril de 2021, onde o Ministro Dias Toffoli, ao decidir sobre o tema, utilizou em sua decisão a manutenção da sentença de primeiro grau exarada pelo Tribunal TRF2; veja-se abaixo:

-Conforme decidido recentemente nesta 8ª Turma Especializada, por unanimidade, “não resta dúvida que as disposições da atual Lei das Estatais, editada em harmonia com os ditames da Lei 12.846/2013, em especial os seus artigos 63 a 65, embasam e respaldam as normas do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás (RLCP) que preveem a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) aos fornecedores da Petrobrás como uma das etapas da chamada *Due diligence* de Integridade (DDI), ‘procedimento que visa a conhecer e avaliar os riscos de integridade aos quais a Petrobrás pode estar exposta, nos seus relacionamentos comerciais, com base na avaliação do perfil, do histórico, da reputação e das práticas de combate à corrupção dos nossos fornecedores’ com a finalidade de compor critérios de seleção de fornecedores a serem convidados para participar de licitações na Petrobrás, no bojo das ações contínuas de prevenção, detecção e correção de atos de fraude e corrupção contempladas no Programa Petrobrás de Prevenção à Corrupção (PPPC) a que se refere o art. 41 do Decreto 8.420/15, que regulamentou a ‘Lei Anticorrupção’” (TRF2. AC 0035486-47.2018.4.02.5101. -Nesse contexto, é de se concluir que a Lei 13.303/16, em conformidade com a Lei Anticorrupção (12.846/13), autoriza e embasa as medidas adotadas pela Petrobrás através de seu programa de controle de integridade das empresas contratantes, em especial o *Due diligence* de Integridade (DDI), que diz respeito ao estabelecimento de políticas internas da companhia destinadas à mitigação e enfrentamento de desvios de conduta dos seus agentes e colaboradores no desenvolvimento das

⁵⁹ PROCESSO - EDcl no REsp 1880426. RELATOR(A) Ministro BENEDITO GONÇALVES. DATA DA PUBLICAÇÃO 02/09/2020. DECISÃO. EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1880426 - RJ (2020/0056279-2).

respectivas atividades, cumprindo a finalidade do disposto no art. 41 do Decreto 8.420/15, que regulamenta a lei que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. -Diante das considerações acima, não se verifica ilegalidade no ato administrativo ora impugnado, tratando-se de concretização dos comandos previstos na legislação para o efetivo combate à corrupção, estabelecendo procedimentos de conformidade (*compliance*), o que, por seu turno, inviabiliza a concessão da segurança a fim de que se altere o grau de risco de integridade da impetrante. -No tocante à alegação de que a sentença teria se equivocado ao considerar, na classificação do GRI, "os índices Participação, IDF, COD e IADC", não merece prosperar.⁶⁰

Agora, após se reprimir o acórdão acima, em favor da Petrobrás, e reafirmando a total aplicabilidade da DDI em sua decisão, o Ministro Dias Toffoli a define da seguinte forma:

Decido. Anote-se, inicialmente, que o Plenário da Corte, nos autos do ARE nº 748.371/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes (Tema 660), reafirmou o entendimento de que a afronta aos princípios (...) que dependa, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que não enseja reexame da questão em recurso extraordinário. Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso.⁶¹

Portanto a jurisprudência no âmbito da administração pública, ou seja, dentro da administração do Poder Executivo direto, no Legislativo e no Judiciário me as decisões no tocante ao questionamento para efetividade e legalidade da devida diligência - ou diligência devida ou *Due diligence*, são bastante escassas, praticamente inexistindo, gerando muita dificuldade em encontrá-las; apesar disso, foi possível detectar uma decisão no STJ, um agravo em recurso especial onde o ministro Sérgio Kukina fala a respeito da falta da devida diligência na Administração Pública, e que isso pode causar o ato de improbidade por parte do servidor; porém ela, se aplicada, deveria ou possibilitaria evitar tal ato de improbidade praticado pelo funcionário público; veja-se a seguir:

De se ver, portanto, que, segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, restaram claramente demonstrados os requisitos necessários à configuração dos atos de improbidade capitulados nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Com efeito, consta expressamente do aresto que houve culpa (na modalidade negligência) do agravante quanto ao planejamento, execução e fiscalização de aquisições e contratações públicas realizadas em desconformidade com a Lei nº 8.666/1993. Houve, ademais, dolo genérico na contratação de servidores sem prévia realização de concurso público. Ora, a condenação pela

⁶⁰ TRF2. Turma Especial III. Apelação Cível. 0035486-47.2018.4.02.5101. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Dj: 13/09/2019. Disponível: <https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845452613/apelacao-ac-354864720184025101-rj-0035486-4720184025101>. Acessado em: 22.03.2022.

⁶¹ STF. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.312.516/RJ. Relator Min. Dias Toffoli.

prática de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário depende da existência de ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a “*diligência devida*” pelo seu dever de ofício.⁶²

Como se exige que se contextualize tais jurisprudências, o ato de Devida Diligência de integridade, *Due diligence* ou simplesmente diligência devida, é pacífico pelo Judiciário, no tocante à sua aplicabilidade e possibilidade de utilização, lhe sendo questionado em algumas decisões no tocante aos atos preparatórios para a devida expectativa perante o licitante; isto é, exige-se mais clareza e transparência no tocante às regras do procedimento para a execução dele.

1.5. AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA QUE REALIZAM *DUE DILIGENCE PRÉVIA À CONTRATAÇÃO* E A CAPACITAÇÃO DOS SEUS SERVIDORES

Pois bem, neste momento passa-se a relatar o formato de *Due diligence* junto às respostas oferecidas pelas Unidades Federativas nos questionários que lhes foram enviados. Tais questionários buscariam entender como funciona os mecanismos e ferramentas de aplicação da *Due diligence* junto à operação da Administração Pública; para tanto, tais órgãos eram oficiados considerando a Lei da Transparência e Acesso à Informação, lei 12.527 – que auxilia os trabalhos de pesquisa científica, principalmente aqueles que são empregados para a melhoria na execução e criação de políticas públicas, considerando também a necessidade de divulgação da informação de total interesse público, que fomenta o desenvolvimento da cultura da transparência e desenvolve o controle social na administração pública.

Neste sentido a coleta de dados para esta pesquisa se deu com as Unidades da Federação da região sudeste uma vez que, esta região possui o maior PIB do Brasil, é a região de maior população e urbanização, além de ser a mais industrializada, logo estimasse que esta seja a região de maior desenvolvimento⁶³ e com a maior probabilidade de estar se utilizando dos principais recursos e ferramentas para Licitação.

Portanto, para validar o questionário, este é conceituado como uma pesquisa qualitativa, em “*metodologia de pesquisa não-estruturada e exploratória, baseada em pequenas amostras que proporcionam percepções e compreensão do contexto do*

⁶² STJ. Processo n. 1.275.175/PB (2018/0080644-5).

⁶³ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/35585-sudeste-concentra-mais-de-um-terco-das-areas-urbanizadas-do-pais>. Acessado em 01/02/2023.

problema ⁶⁴”. Para tanto, como se observa o questionário no Apêndice A, a nomenclatura “Due diligence” foi derivada de sinônimos para que não houvesse desentendimento quanto ao seu correto significado, também foi descrito que tal procedimento ocorre antes da contratação, além da descrição da sua finalidade, logo no início do parágrafo do questionário.

O primeiro Estado a começar a responder foi o Espírito Santo, que ofereceu sua manifestação definitiva e esclarecedora em 02/06/2022. A Ouvidoria do Estado fez a resposta formal, como representante do Estado, inclusive conceituando em sua resposta o significado de Due diligence (de acordo com o seu entendimento), que inclusive estava correto, o que ficou plenamente claro quanto ao conhecimento da matéria pelo ES, conforme se pode verificar no ANEXO 4.

Continuando com a pesquisa, foi a vez de São Paulo, que teve o primeiro contato em 26 de fevereiro, sendo realizada a mesma solicitação feita para o Estado do Espírito Santo, com o mesmo detalhamento da expressão Due diligence e similares, além de explicação prática do que se tratava. Pois bem, em 16/08/2022 a Secretaria de Estado de Saúde de SP respondeu ao questionário da seguinte forma: “*foi submetido á apreciação dos órgãos técnicos competentes da Secretaria*”, mas esses órgãos disseram que não fazem o procedimento de *Due diligence*, porém passariam a fazer a partir do momento em que a nova Lei de Licitações e Contratos fosse regulamentada, conforme o ANEXO 4.

Seguindo na pesquisa, é a vez do Estado de Minas Gerais. No dia 27 de fevereiro de 2022, foi feito o primeiro contato com o estado de Minas Gerais; esse contato foi direcionado à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais - Seplag, através do e-SIC - conforme o ANEXO 4. O Estado de Minas Gerais respondeu que, fazem o procedimento de Due diligence, porém, como não foi informado nenhum indicador que possibilitasse medir a eficácia da ferramenta, não se fez possível analisar se a DD, como Política Pública anticorrupção, tenha promovido algum desenvolvimento da gestão pública.

Seguindo na pesquisa, era a vez do Estado do Rio de Janeiro, a unidade da Federação que é parâmetro neste trabalho já que, será dele que seguiram os testes de hipótese da pesquisa.

No dia 19 de agosto de 2022, se resolveu separar a pesquisa entre todas as demais secretarias do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria Estadual de Saúde, fazendo-se

⁶⁴ MALHOTRA, Naresh. Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada. 4. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

solicitações separadas; dessa maneira a Secretaria Estadual de Saúde respondeu e forneceu os dados, porém mencionando, somente os dados do tempo presente. Apesar disso, a resposta confirmou que o procedimento de *Due diligence* não era realizado no dias atuais, sequer em 2019, porém, confirmaram que passaram a fazer o BKG - Background checks a partir de junho de 2022.

Para tornar um pouco mais claro o que foi respondido acima pelas Unidades da Federação da região Sudeste do Brasil, segue quadro ilustrativo:

Estado da Federação	Due Diligence										Alertas			
	Faz	Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021	Vai fazer?	100% / Parcial	Autodeclaração	Quantas geraram medidas mitigadoras			Não / Proc / Mitg / Resp	Geraram a Ñ Contratação		
								Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021		Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021
Espirito Santo	Sim	5.138	4.654	5.029	-	100%	Sim	-	-	-	Proc	2.612	2.554	1.644
São Paulo	Não	-	-	-	Sim	-	Sim	-	-	-	-	-	-	-
Minas Gerais	Sim	-	-	-	-	100%	Sim	-	-	-	-	-	-	-
Rio de Janeiro - demais Sec e órgãos	Não	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SES do ERJ	Sim	0	0	0	-	Parcial	Não	0	0	0	Proc	0	0	0

" - " não souberam responder

ANEXOS 1 e 3

Portanto, o objetivo da demonstração do quadro acima, é explicitar que em 2019, antes da Pandemia, além do Estado do Rio, foco do teste de hipótese nesta pesquisa, quem mais na região estava inobservante para o aspecto da realização da *Due diligence*! Já a demonstração quanto aos anos seguintes, o objetivo seria apresentar, quem que, desde o início da Pandemia despertou para a necessidade da *Due diligence*, no mesmo ano da Pandemia ou nos seguintes.

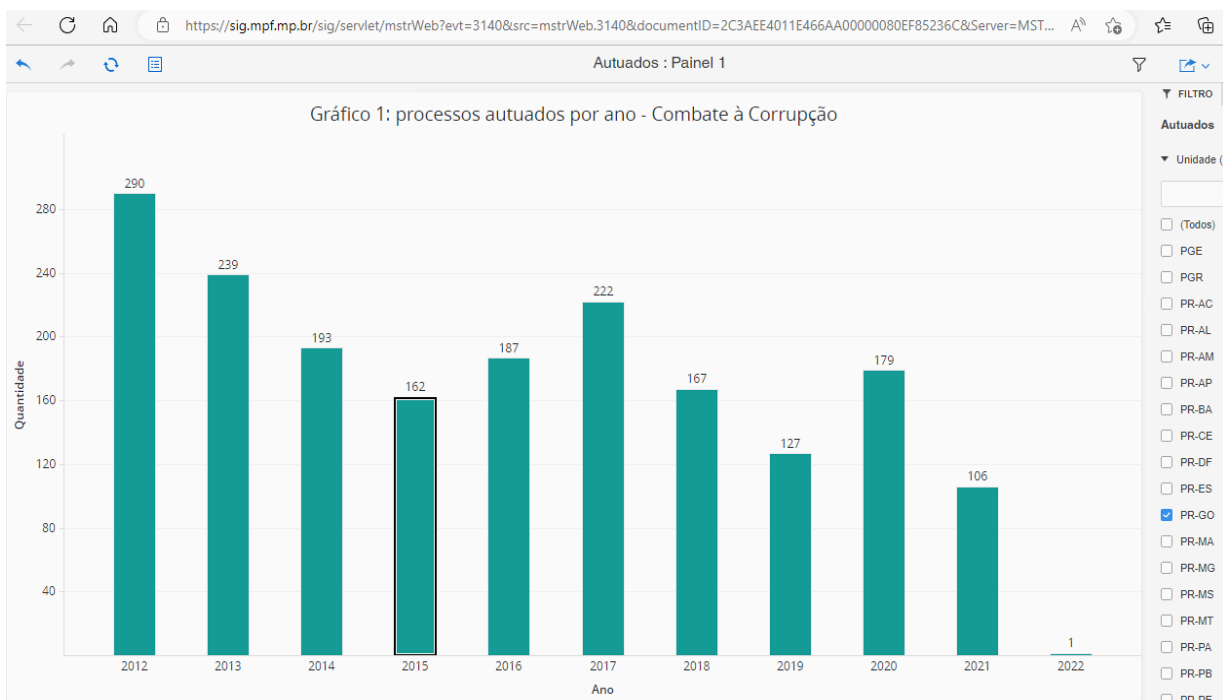
Sendo assim, conforme artigo publicado por este autor, sobre a Capacitação de Servidores em *Compliance* Público, a implantação do Programa de Integridade na Administração Pública e os seus pilares - onde a *Due diligence* é um dos mais importantes, se faz essencial para o acultramento dos servidores e de seus ambientes.⁶⁵

No referido artigo, algo muito importante a ser ressaltado no tocante a capacitação do servidor em *Compliance*, é o seu efeito prático, pois então veja, na análise comparativa através dos dados do Ministério Público Federal, baseando-se na quantidade de Processos autuados por ano, pela Procuradoria da República de Goiás, referentes ao combate à corrupção, é possível evidenciar uma tendência de diminuição desde o ano de 2017 até 2021, mesmo com o aumento no ano de 2020 (que pela regra da estatística se desconsidera, por ser isolado); e há uma baixíssima quantidade de

⁶⁵ TERGOLINO, Gustavo Ribeiro. Policy paper: política pública de capacitação do servidor em compliance público. **Revista JML de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 16, n. 63, p. 28-42, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165723>

processos de corrupção, instaurados em 2022, o que representaria a menor quantidade histórica de processos autuados pelo MPF de Goiás, em combate à corrupção. Veja-se pelo gráfico:

Imagem 2:



66

Portanto, através do artigo se tentou demonstrar que, com a implantação do Programa de Compliance no Estado de Goiás em 2019 e o seu programa de capacitação de servidores em compliance público no mesmo ano, foi possível apurar benefícios com o menor ajuizamento de ações por corrupção.

Neste sentido se tem visto a implantação do *Compliance* Público nos entes federativos do Brasil, bem como a capacitação do servidor na matéria, com ampla fundamentação legal e reforço na legislação das últimas décadas.

Em acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, na sua Seção II, “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998), no Art. 39, §7º, determina-se que a União deverá instituir lei própria disciplinando a aplicação de recursos no desenvolvimento de programas de treinamento do serviço público.

⁶⁶ MPF. BI Único. Relatórios Compartilhados. Disponível em: https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb_3140&documentID=2C3AEE4011E466AA00000080EF85236C&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1. Acesso em: 11 fev. 2023.

Vindo a legislação Federal, através da LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016, dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde em seu artigo 17, é importante destacar que, em seu §4º, determina-se que os administradores eleitos devem participar de treinamentos sobre o código de conduta, além de demais temas e legislações relacionados às suas atividades.

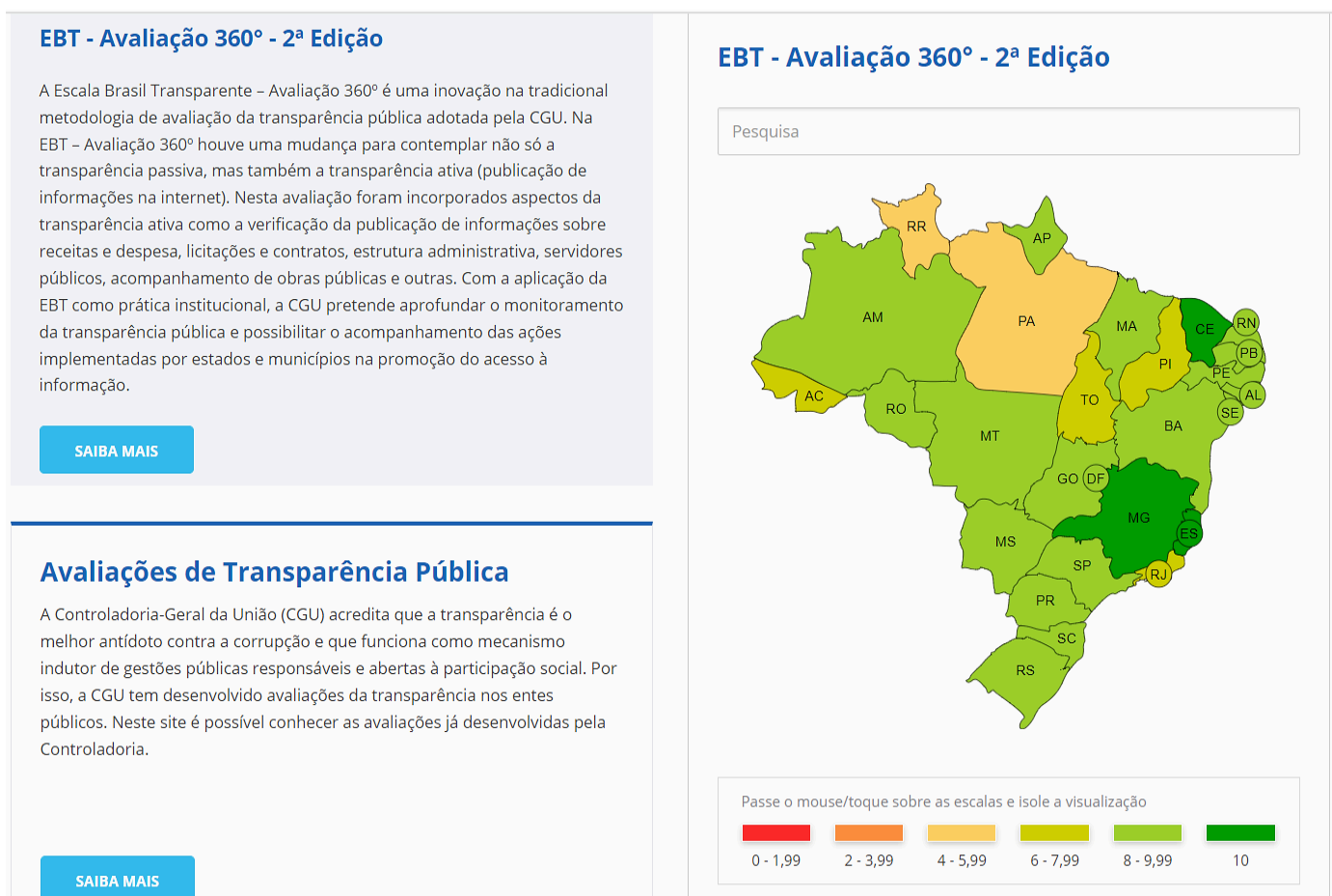
Não se pode deixar de mencionar a nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/2021, onde em seu artigo 25, §4º, além de prever que nas contratações de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo fornecedor, como também o artigo 18, no inciso X do §1º, prevê que estudo técnico prévio à contratação de licitantes deve identificar a necessidade de capacitação do servidor; e lembrando que essa é ainda uma fase preparatória do processo licitatório e que deve ser compatibilizada com o plano de contratações do ente. Ademais, no artigo 169, quando se constatar alguma improbidade nos processos, também poderão adotar medidas como a capacitação dos agentes públicos para a resolução e mitigação dos riscos identificados.

Bem! Somente por aqui já se pode ter uma ideia de como os Programas de Integridade ou *Compliance* Público já deveriam fazer parte e integrar-se ao sistema do funcionalismo público como um todo; no entanto uma cultura como essa não se muda nem se implanta do dia para a noite; algo como um sistema robusto de *Compliance* Público só poderá vir através de muito aperfeiçoamento, treinamentos, cursos e demais formas de ensino, comunicação e transparência junto ao servidor público.

Para esse desafio é que a CGU, o TCU, os TCE's e o MPF, além das próprias Controladorias de cada Unidade da Federação, estão se integrando e se apoiando nessa construção dos Programas internos de Integridade e na capacitação de seus agentes.

Nesse caminho a CGU vem desde 2017 realizando um programa de avaliação da Transparência e se empenhando na aplicação da Lei de Acesso à Informação pelos Estados e Municípios. Para tal a CGU vem elaborando um ranking que também pode ser considerado um reflexo desse baixo investimento em capacitação do servidor público, principalmente no que tange às normas de conduta do serviço público. Veja-se a seguir:

Imagem 3:



67

Como se pode verificar na imagem acima, o grau de avaliação de cada Estado é bem o reflexo das respostas detalhadas neste tópico, dadas pelas Unidades Federativas aos questionamentos que o autor deste trabalho fez; veja-se, por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro, que sequer aparece no ranking dos quinze primeiros. Observe:

⁶⁷ Como se pode conferir em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66

Imagem 4:

Ranking Geral	Localidade	UF	Nota	Varição
1	Ceará	CE	10.0	-
1	Espírito Santo	ES	10.0	-
1	Minas Gerais	MG	10.0	-
4	Paraná	PR	9.96	-
5	Mato Grosso do Sul	MS	9.93	-
6	Amapá	AP	9.83	-
6	Paraíba	PB	9.83	-
8	Alagoas	AL	9.75	-
9	Distrito Federal	DF	9.74	-
9	Mato Grosso	MT	9.74	-
11	Rio Grande do Sul	RS	9.72	-
12	Pernambuco	PE	9.6	-
12	Rondônia	RO	9.6	-
12	São Paulo (Estado)	SP	9.6	-
15	Santa Catarina	SC	9.21	-

68

⁶⁸ Como se pode conferir em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66

Imagem 5:

Ranking Geral	Localidade	UF	Nota	Varição
16	Rio Grande do Norte	RN	9.1	-
17	Maranhão	MA	8.96	-
18	Goiás	GO	8.85	-
19	Sergipe	SE	8.74	-
20	Amazonas	AM	8.67	-
21	Bahia	BA	8.6	-
22	Rio de Janeiro (Estado)	RJ	7.8	-
23	Piauí	PI	7.18	-
24	Tocantins	TO	6.96	-
25	Acre	AC	6.53	-
26	Pará	PA	5.92	-
27	Roraima	RR	4.91	-
1	Sobral	CE	10.0	-
1	Linhares	ES	10.0	-
1	Campo Grande	MS	10.0	-

69

Diferentemente dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, que estão nos primeiros lugares e, como se verifica neste tópico, realmente foram os mais objetivos em suas respostas. Como se pode observar acima, o Estado do Rio de Janeiro está figurando em 22º Lugar no ranking da transparência.

2. A PREVISÃO DA DUE DILIGENCE NA LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Aqui se faz necessário debater o entrosamento jurídico quanto à legalidade da aplicação do modelo de *Due diligence prévia à contratação*, com a regulamentação da Lei de Licitações e Contratos.

Para tanto se traz alguns autores do Direito Administrativo, para transcrever suas conceituações, quanto aos principais princípios que vão reger esse debate.

2.1. ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA, QUANTO A VALIDADE DA DUE DILIGENCE, POR LICITAÇÕES E CONTRATOS

⁶⁹ Como se pode conferir em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66

Não é de hoje que o próprio Supremo Tribunal Federal argumenta e fundamenta muitas de suas decisões com base em princípios Constitucionais e dali elabora suas interpretações de acordo com seu livre convencimento e é assim, que muitas das vezes, o entendimento jurídico de algum tema controverso passa à ser pacífico.

Apesar disso, o objetivo neste tópico não é o de alterar ou demonstrar qualquer entendimento controverso com base em princípios, mas, apenas o de trazer a baila o entendimento jurídico de autores em referência na matéria, para elucidar o entendimento da Due diligence com base na argumentação principiológica.

2.1.1. O Princípio da legalidade por Licitações e Contratos

Na Administração Pública, quanto ao processo de licitação e contratos, este se pré-determina que só se pode fazer aquilo que estiver previsto ou autorizado em lei e não contra a lei ou além da lei, pois o efeito aqui é inverso ao princípio da legalidade no procedimento civil e penal vez que, em resumo não pode a administração pública agir no silêncio da lei, isso ocorre porque sendo a administração uma coisa abstrata, isto é, não tem vontade própria, está não poderia depender das vontades pessoais de cada agente administrativo, enquanto a decisão de fazer ou não fazer algo, não previsto em lei, passa a ser portanto a vontade única da lei, como bem explica o autor Gustavo Knoplock ⁷⁰.

Em continuidade, explica o Professor André Saddy, em uma ampliação da discussão teórica, *que toda atuação singular de poder deve estar justificada por uma lei prévia. Isso porque, tem-se a tese da vinculação positiva da Administração à lei, que se assenta na afirmação de que a Administração só pode exercer poderes, faculdades ou prerrogativas mediante uma prévia habilitação legal*, em ordeiro cumprimento ao princípio da Legalidade ⁷¹.

Já a Doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, traz uma análise em especificidade do princípio da legalidade para o tema de Licitações e Contratos, ela

⁷⁰ KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. 4.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁷¹ SADDY, André. **Curso de direito administrativo brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

descreve que, *todas as fases da licitação, estão rigorosamente disciplinadas na lei, não sendo possível que qualquer etapa da licitação opere sem a lei* ⁷².

Em seguida, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, define o princípio da legalidade na imposição, principalmente no que tange ao *administrador e o seu dever de observar as regras que a lei traçou para o procedimento*.⁷³

E por fim, o Professor Marçal Justem Filho, que define o princípio da legalidade em ser vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou restrição sem autorização legislativa. Segundo o Professor Marçal, seria irrealizável que o procedimento licitatório fosse completamente vinculado à lei, pois isso ocasionaria a obrigação de uma lei para disciplinar cada licitação. *A incondicional legalidade transformaria inexecutável o aprimoramento da contratação administrativa. Então, a lei situa os limites gerais a serem ressaltados pela administração, atribuindo-lhe capacidade para exercitar escolhas dentro desses parâmetros pré-determinados* ⁷⁴.

Por fim, o grande objetivo deste tópico se faz o de utilizar as conceituações e teorias mais singulares ou similares, como expostas acima pelos referidos autores, para contornar o modelo de Due diligence. Aqui, pede-se a compreensão do texto, para que o princípio da legalidade valide que a aplicação da Due diligence na licitação pública é um ato de legalidade, o que melhor se faz compreender nos tópicos 2.2. e 2.3. seguintes. Nestes tópicos a pesquisa busca demonstrar que a Due diligence, não com essa expressão ou com este nome, mas, pelo seu simples processo de aplicação, se faz interpretado pelo administrador, como uma possibilidade de aprimoramento na gestão de riscos da licitação, em de acordo ao interesse público.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. O princípio da legalidade já analisado no item 3.3.1, em relação à administração pública em geral é de suma relevância em matéria de licitação. Depois está constituído um procedimento inteiramente vinculado à lei, todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na lei número 8.666/93, cujo artigo quarto estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo primeiro têm direito público subjetivo a fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. Barueri, SP: Atlas, 2021. No campo das Licitações, o princípio da legalidade impõe principalmente que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique com cuidado os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim que se disponha a alcançar os objetivos coligados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.110. O princípio da legalidade significa ser vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa. Seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse. Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros pré-determinados a lei atribui competência para a administração definir as condições da contratação administrativa. No campo específico das licitações, a lei determina que a discricionariedade da administração deverá ser progressivamente exaurida. A evolução do procedimento administrativo que antecede a contratação pública, se caracteriza pela contínua redução da autonomia de escolha da administração

Ademais, o princípio reforça de que as regras da *Due diligence* precisão estar regidas por uma adequada Governança da Administração.

2.1.2. O Princípio da segurança jurídica por Licitações e Contratos

Neste cenário, com base no panorama acima, pergunta-se: realizar a *Due diligence* pela Administração Pública aos licitantes, previamente à contratação, cria insegurança jurídica? O princípio da segurança jurídica junto à lei de licitações e contratos, busca evitar a imprevisibilidade, ou seja, busca preservar a previsibilidade dos acontecimentos futuros e principalmente pelo licitante; a segurança jurídica é um princípio que busca garantir que as expectativas dele não sejam frustradas.

Fazendo um breve paralelo e analogia ao princípio da boa-fé objetiva do código civil, traz-se mais especificamente a teoria do *nemo potest venire contra factum proprium* como a teoria das autolimitações administrativas, que também objetiva aplicar principiologicamente a proibição ao comportamento contraditório, no âmbito das relações com a Administração Pública. Para melhor elucidação do tema, traz-se o artigo “*A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico Administrativas*”, onde tal, se deve admirar a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico administrativas, como decorrência lógica da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica, dignidade humana e da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade administrativa. O princípio da moralidade administrativa, constitui pressuposto de juridicidade de todo e qualquer um, a toda Administração Pública.⁷⁵

Sendo assim, se faz necessário discutir o entendimento jurídico quanto à aplicabilidade do referido modelo de *Due diligence* prévia à contratação, sob o olhar do princípio da segurança jurídica na Licitação.

Para tanto traz-se alguns autores para conceituar o princípio da segurança jurídica, para, em seguida, contextualizá-los.

⁷⁵ FACCI, Lucio Picanço. A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico Administrativas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 197-229, janeiro/fevereiro/março, 2011.

Primeiramente, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, que em sua análise, define que, o inverso da segurança jurídica, se dariam pelos atos e decisões administrativas, sem clara justificativa do administrador, que não raras vezes se torna suscetível de condutas arbitrárias. Por outro lado, o fato de o administrador ter que justificar seu ato, o inibe de praticar arbitrariedade e o obriga a adotar postura de maior responsabilidade, isto é, *Accountability*. Em termos de licitações, cabe ao administrador explicitar os motivos que inspiram sua conduta, conferindo credibilidade ao licitante. A segurança jurídica reflete o sentido de estabilidade, significando que o administrado tem aptidão de conhecer fontes normativas de onde provieram usar atos e decisões da administração⁷⁶.

Em seguida, os comentários do Professor Marçal Justem Filho, que traz uma análise em especificidade do princípio para o tema de Licitações e Contratos, onde este caracteriza a *segurança jurídica em não implicar na imutabilidade do direito, pois alterações são inevitáveis, mas, a segurança jurídica exige a possibilidade de prever o tratamento jurídico que será adotado no futuro e impõe uma ordenação jurídica, portanto, as alterações radicais são incompatíveis com o princípio da segurança jurídica*⁷⁷.

Por todo o exposto, é que se traduz, mais uma vez, a transformação da aplicação do modelo de Due diligence aqui pesquisado, para avaliar se a sua interação com a rotina da administração pública, em licitações e contratos, estaria em acordo com o princípio da segurança jurídica. Pois bem, tal avaliação não pode ser em sua defesa, mas, em sua aplicabilidade com segurança, principalmente para o administrado, como

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 36. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p.206.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.105. Segurança jurídica. Considerada como um valor, a segurança jurídica consiste em um fim a ser buscado e um sentido que orienta a compreensão do mundo e a qualificação das condutas. A segurança também pode ser tratada como um critério para qualificar a realidade, nesse caso, pode-se apontar que certos ordenamentos se caracterizam pela presença da segurança jurídica Diversamente do que se passa com outros, Porém, O artigo quinto refere-se à segurança jurídica como princípio, isso significa atribuir-lhe um cunho normativo jurídico. Sob esse prisma, pode-se afirmar que o sistema jurídico brasileiro de licitações e contratações administrativas deve realizar a segurança jurídica. O conteúdo do princípio da segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica significa a exigência de disciplina normativa objetiva aplicável à conduta própria e de terceiros E tanto no momento presente como em relação ao passado E ao futuro Eliminando Ou pelo menos reduzindo A incerteza quanto ao tratamento jurídico reservado para os eventos da realidade. Segurança jurídica e a dimensão temporal. Existe uma relação direta entre a segurança jurídica e a dimensão temporal do direito. A insegurança jurídica se configura como incerteza relativamente há momentos temporais diversos. A segurança como conhecimento da disciplina jurídica. A segurança jurídica avaliada no momento presente significa a exigência de certeza quanto ao direito aplicável no momento da realização da conduta. Isso envolve a imposição normativa quanto a existência precisa, Clara e exhaustiva de normas que disponham sobre o tratamento dispensado pelo direito aos sujeitos e as situações a ele relacionadas. Segurança como previsibilidade do futuro. A segurança jurídica não implica imutabilidade do direito Alterações são inevitáveis, mas a segurança jurídica exige a possibilidade de prever o tratamento jurídico que será adotado no futuro impõe uma ordenação jurídica em que eventuais inovações não produzam a destruição daquilo que foi destruído no presente para manter-se para o futuro logo alterações radicais e transmutações intrínseca são incompatíveis com o princípio da segurança jurídica. A segurança como estabilidade do passado. A segurança jurídica impõe a permanência e a manutenção do tratamento jurídico é prevalente quanto aos eventos pretéritos. exige a preservação da disciplina então vigente e da qualificação jurídica dela decorrente

bem fala o Professor Marçal. Sem do assim, pode se definir que, a aplicação do modelo de Due diligence, sem sua devida previsão no edital de licitação, sem norma específica que defina seus passos ou procedimentos internos que determine e preveja seus efeitos, para com o administrado, não terá a tutela da segurança jurídica pois, irá gerar imprevisibilidade e consequentemente, insegurança.

2.1.3. O Princípio da competição ou livre concorrência por Licitações e Contratos

Portanto se faz necessário debater o entrosamento jurídico quanto à possibilidade de aplicação do referido modelo de *Due diligence prévia à contratação* e o princípio da livre concorrência.

Pois bem, de acordo com o Professor José dos Santos Carvalho Filho, o *administrador não pode admitir a concorrência de normas que, de algum modo, possa impactar o regime competitivo. Vedadas são aquelas que restrinjam ou frustrem a competição, bem como interferências que possam favorecer algum dos concorrentes. Nessa ótica, o processo de habilitação não deve impor exigências inatingíveis, situações que afetam a competição* ⁷⁸.

Em continuidade, traz-se a Doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que analisa o princípio para o tema de Licitações e Contratos, no tocante a competitividade, decorrente do princípio da isonomia, ou seja, veda-se que os agentes públicos admitam prever nos atos de convocação da licitação, isto é, nos editais, cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, necessariamente, para o licitante e o administrado ⁷⁹.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 36. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p.204. Por meio dela, administração escolhe aquele que, tendo vencido o certame, apresenta proposta mais satisfatória para futura contratação. Sendo necessário o ato de escolha, urge que o procedimento conte com vários participantes para que se possam comparar suas propostas. Esse é o ideal e a regra geral. Assim o princípio da competitividade requer que o processo contenha competição ou seja que permita que dentre vários interessados possa administração apontar o mais adequado para o contrato. Trata-se, na verdade, de princípio correlato ao princípio da isonomia em que todos concordem em igualdade de condições parêntese a RT.11, e, estatuto). Por que motivo, cumpre que o administrador não admita a concorrência de normas que, de algum modo, possam refletir no regime competitivo. Vedadas são aquelas que restrinjam ou frustrem a competição, bem como interferências que possam favorecer algum dos concorrentes. Nessa ótica, a habilitação não deve impor exigências inatingível e ou impertinentes, situações que afetam a competição. Nesse sentido, o a RT.12, e aí, do estatuto, pelo qual o desatendido Mindu de exigências apenas formais que não afetem o regime competitivo não implica a exclusão do licitante

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.390. Princípio da competição ou livre concorrência. Princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação na medida em que este visa, não apenas permitir a administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade direito a todos os interessados em contratar esse princípio, veda o estabelecimento de condições que implique em preferência em favor de determinados licitante em detrimento dos demais.... O procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações. Está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia: é vedado olá agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo

Por fim, os comentários do Professor Marçal Justem Filho, que interpreta este princípio como *a redução do risco de contratações desastrosas*. Pois o *edital pode e deve prever cláusulas destinadas a reduzir o risco de contratações desastrosas*. Isso implica consagrar requisitos e limites a participação de interessados e a formulação de propostas destituídas de vantajosidade. “... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações”⁸⁰.

Por este exposto, principalmente na última fala do Professor Marçal, pode-se entender que o princípio da competitividade fica ferido ao se implantar um modelo de Due diligence prévio a contratação sendo que, em função dele, deixa-se de contratar o licitante que ofereceu o menor preço, já que foi identificado que ele é dono de uma má reputação ou dados cadastrais que fragilizam a Administração Pública! Ou Não!!!

Sem sombra de dúvidas que não. Pois bem, se estiver previsto em edital, quanto a previsibilidade da Due diligence, pré-determinando as regras da análise reputacional da Due diligence, descrevendo-se os critérios de forma objetiva quanto a forma que ocorrerá a avaliação de risco do licitante e as justificativas que o administrador vai poder utilizar para desqualificar ou inabilitar o licitante, fruto do resultado da DD, fica claro assim, que o licitante entrou no processo licitatório sabendo das regras do processo, igualmente a todos os demais licitantes, ou seja, todos participarão sem desvantagem ou vantagem e por isso, participaram em total e livre concorrência.

Portanto, transcorrido de tal forma, se evitará com que a administração tome decisões catastróficas por desconhecer o histórico reputacional de um Licitante ou por não estabelecer a isonomia das regras do processo licitatório.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.117-119. O princípio da competitividade. A competitividade significa a adoção de regras editalícias que assegurem a mais ampla participação de possíveis interessados e fomentem a disputa mais intensa possível. Os mecanismos de mercado. Os mecanismos de mercado, relacionados com a competição, propiciam a elevação da qualidade dos produtos e a redução dos preços praticados em relação à administração. Lembre-se que a solução mais eficiente para redução do lucro dos agentes econômicos consiste na ampliação da competição. Licitação e competitividade. No âmbito da licitação, a competitividade exige a adoção de condições de participação que permitam a mais ampla disputa. Isso implica também a previsão de procedimentos de disputa que permitam o acesso dos diversos interessados, especialmente nas hipóteses de contratação aberta, em que haja a formulação de lances sucessivos. A competitividade deve nortear inclusive o julgamento de propostas e documentos, de modo a permitir o saneamento de defeitos irrelevantes e o aproveitamento de todas as propostas e documentações que não contenham vícios dotados de gravidade mais elevada. A redução do risco de contratações desastrosas. O edital pode e deve prever cláusulas destinadas a reduzir o risco de contratações desastrosas. Isso implica consagrar requisitos e limites a participação de interessados e a formulação de propostas destituídas de vantajosidade. Todas as previsões que reduzam a competitividade somente se figuram como legítimas quando se evidenciarem como adequadas ao atingimento de um fim compatível com o direito e não ultrapassem o mínimo necessário para tanto. O respaldo constitucional. A adoção de providências restritivas a competição apresenta respaldo constitucional. O já referido artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal estabelece que “... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações”.

2.2. A PREVISÃO LEGAL DA DUE DILIGENCE NA LEI 8.666/1993, DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

A norma de direito positivo de que o problema do projeto trata, é principalmente a do artigo 169 da Lei 14.133 da nova Lei de Licitações e Contratos, no entanto, quando da pesquisa e análise deste trabalho, a Lei 8.666, que ainda estará em vigor - já que o período de adaptação da nova Lei, para revogação da antiga, é de 2 (dois) anos, o que extinguiria a 8.666 em 01/04/2023, porém, com a nova alteração legislativa, ocorrida em 2023, fez com que a 8.666 vigorasse até 31/12/2023; enquanto isso, valem as duas, sendo uma opção para Administração, por licitar ou contratar com qualquer uma delas – v. os artigos 191 e 193 da Lei 14.133⁸¹.

Mas, como ainda se faz necessário analisar a Lei 8.666/93, ainda mais, que esta também trata da *Due diligence*, se passará a seguir, pelos seus artigos que conectam com o conceito da Devida Diligência; lembrando a definição que já foi dita aqui, que *Due diligence* é um procedimento interno de controle que busca prevenir riscos e isso se dá operacionalmente da seguinte forma: verificando os dados de registro, cadastro e histórico, para conferir se estes são corretos, se estão válidos e se possuem algum antecedente adverso. Com os resultados dessa verificação, a Administração Pública poderá antever os riscos a futuras perdas.

Para começar com essa análise, inicia-se pelo capítulo da “Da Habilitação” na Lei, a partir do seu artigo 27 e indo até o ‘31’; logo no art. 27 é explicado que, para a habilitação do licitante será necessária documentação que comprove a habilitação jurídica, a qualificação técnica, econômico-financeira e a regularidade fiscal e trabalhista, ou seja, as certidões que mostram que o licitante não está em débito com os respectivos órgãos competentes.

Já no artigo 28 – e até o ‘31’, a Lei começa a ser mais explícita no tocante às formas de habilitação e a explicar melhor o mecanismo de comprovação para que a habilitação seja homologada, ou melhor, o texto explica que a capacitação jurídica será

⁸¹ Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente. Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

comprovada pela apresentação de identidade, os atos constitutivos, no entanto, a documentação fiscal e trabalhista será “checada” no que tange à validade de tais inscrições, como p.ex. se a confirmação, quanto às contribuições regulares aos órgãos governamentais, estão em dia e atualizadas.

Quanto à documentação técnica, esta se dará com a apresentação, pelos licitantes, do devido registro nos Conselhos profissionais e prova de que o licitante possui comprovada competência para realizar tal atividade ou fornecer o referido produto; e por último, se tem a habilitação econômico-financeira, onde o licitante/interessado ou concorrente precisa apresentar, para a Administração Pública, demonstrações financeiras que comprovem boa situação financeira, isto é, dado reputacional, além da certidão negativa de falência.

Agora, já com o artigo 32, passa-se ao fluxo mais operacional e procedimental de como os requisitos de habilitação acima mencionados, deverão ser apresentados, além de que, qual o formato específico, se haverá exceções para a documentação acima e quais os critérios estabelecidos, de acordo com cada tipo de contratação, para que se cumpra os ditames da Lei.

Veja-se, até aqui, o parâmetro de verificação para a habilitação de um licitante é o mesmo do exigido no BKG, isto é, coleta de informações cadastrais do licitante e checagem se estes são verdadeiros e validos; neste sentido, aqueles licitantes que tiverem tais informações cadastrais, tidos como não verdadeiros ou inválidos, para o tipo de contratação que se pretende, serão desclassificados por não preencherem os requisitos de habilitação previstos em Lei, o que não deixa de ser uma premissa da avaliação reputacional, e como se pode recordar do início deste tópico, possui verdadeiras similaridades com o conceito de *Due diligence*.

Ainda quanto ao processo de habilitação na licitação, tem-se de acordo com os artigos 43 e 45, de se falar do fluxo de aprovação dos requerentes ou interessados à Licitação, isto é, aqueles que se tornam realmente licitantes em um processo, após a análise e verificação quanto à situação que os possibilite de participar. Agora, ao falar dos interessados rejeitados; precisasse defini-los como aqueles que tiveram o seu interesse em participar da licitação analisados e verificados, mas, foram negados, em razão de sua documentação, que deveria lhes habilitar ao certame, não estar válida ou

não era verdadeira, como também pode ter sido, por tal documentação não estar em parâmetros que preenchessem os requisitos do edital da licitação. Sendo assim, esses tomarão conhecimento das razões para a exclusão na finalização do processo de habilitação.

Na sequência do processo licitatório em curso, haverá a etapa de análise e verificação das propostas dos licitantes habilitados, que nada mais é do que a etapa de julgamento e classificação, ou seja, mais uma vez o licitante e o produto ou serviço que ele oferece será avaliado e analisado com base na sua situação atual e cadastral, e com base na proposta que ele apresenta ao demandante, o que dessa forma faz com que esse processo não deixe de ser uma forma de *Due diligence* uma vez que, todo tipo de informação referente ao licitante, bem como à sua proposta, podem gerar riscos, perdas ou prejuízos para a Administração Pública, portanto, deverá sempre ser verificada e analisada essa possibilidade, objetivando gerir os riscos.

Encerrando o chamamento à Lei 8.666 e à possibilidade de sua fundamentação legal na operacionalização da *Due diligence*, se tem ainda os artigos nº114 e nº115, que tratam da pré-qualificação de licitantes, a ser derivada para a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, sendo que, neste processo, serão observados na convocação dos interessados, quanto ao procedimento de BKG, como já explicado acima, descritos entre os artigos 27 e 31. No entanto, vale dizer que a falta de Governança na Administração Pública, necessária para regulamentar o artigo 114, os artigos 43 e 45, além do 27 até 31, pode gerar falta de *Accountability* dos servidores públicos e principalmente das autoridades, sendo por isso que o artigo 115 é tão importante para o desenvolvimento da *Due diligence* pela Lei 8.666. Pois veja, neste artigo está previsto que a Administração Pública poderá expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados nas licitações, neste sentido, é através dele que o procedimento de *Due diligence* deveria vigorar.

Para tangenciar a aplicabilidade da 8.666 ao procedimento de *Due diligence*, é importante lembrar dos pensamentos descritos na obra de Samuel Oliveira, que descreve em seu texto, que para a contratação e licitação entre a administração pública e

a iniciativa privada, a lei explicita que se deve atender tanto a probidade administrativa quanto a comprovação de conformidade e idoneidade no procedimento licitatório ⁸².

Portanto, fica claro que a não previsibilidade de sinônimos ou a própria expressão *Due diligence* na Lei, não significa que o conceito de sua aplicação não está no amago do seu propósito, lembrando que o objetivo da Lei de Licitações e contratos é prover o interesse público, primando pela eficiência e a efetividade da Administração Pública, que, portanto, está diretamente conectado ao objetivo da *Due diligence*, ou seja, gerir riscos.

2.3. A PREVISÃO LEGAL DA *DUE DILIGENCE* NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATOS, 14.133/2021, COM ÊNFASE NO ARTIGO 169

A Nova de Lei de Licitações e Contratos teve sua promulgação no meio da Pandemia e esta trouxe uma nova conceituação para a contratação na Administração Pública uma vez que, ela trouxe conceitos mais explícitos de gestão de risco, controle interno e principalmente quanto a Compliance. Assim, o que se verifica, principalmente, é a tentativa da nova Lei de explorar caminhos que já são muito bem tateados pela iniciativa privada, o que é válido como possibilidade, mas, precisa-se testar e colocar à prova, sendo por este o motivo que se escreve essa pesquisa e se introduz o Pilar da *Due diligence* nessa análise.

Neste sentido, buscou-se verificar, explicitamente, na nova Lei, em quais artigos ela descreve com clareza ou com interpretações quanto a aplicação da *Due diligence*, mas não com este nome ou expressão e sim em conceito. Conforme já foi apresentado o conceito de *Due diligence* – a DD nada mais é do que um procedimento interno de controle que busca prevenir riscos, sendo que isso se dá, operacionalmente,

⁸² OLIVEIRA, Samuel Menezes. **Regularização Fundiária Urbana**: teoria, aspectos práticos, proteção ambiental e *compliance* no processo de regularização fundiária. São Paulo: Editora Dialética, 2022. Em auxílio ao controle interno adotasse como elemento a investigação interna correspondente à realização de inspeções rotineiras com vistas de realizar apurações e valorização do cumprimento das normas de conformidade. Com as inspeções é possível realizar a imediata interrupção de eventuais irregularidades ou infrações detectadas, com possibilidade de gerenciamento e afastamento de danos iminentes. As inspeções ainda viabilizam o levantamento de dados para as prestações de contas a serem realizadas em referência ao programa, integrando o procedimento de adoção de medidas disciplinares em hipótese de violação de normas do programa de conformidade. Penúltimo elemento seria quanto a relação entre os funcionários e terceiros, denominada de *Due diligence*, a qual corresponde a diligência necessária de contratar e negociar com terceiros que também atendam a programas de compliance e não cometam infrações normativas. O termo advém do brocardo latino “*diligentia quam suis rebus adhibere sole*”, significando que as coisas sejam feitas com a devida diligência e cuidado, para que corra um bem. Trata-se de fator afeto a questões de probidade e licitude administrativas que, na esfera da gestão pública, vinculam o agente administrativo a contratar com terceiros que provavelmente cumpram a legalidade. Menciona-se a regra geral prevista pela lei federal nº 8.666/1993, para a contratação e licitação entre a administração pública e iniciativa privada, devendo atender tanto a probidade administrativa quanto à comprovação de conformidade e idoneidade dos contratantes e concorrentes do procedimento licitatório. O *Due diligence* ainda fundamenta a postura da administração pública de condicionar subsídios e benefícios de programas de políticas públicas a comprovação de cumprimento de programas de conformidade, como ocorre com o compliance cruzado (cross-compliance).

da seguinte forma: Verifica-se os dados de registro, cadastro e histórico de uma determinada pessoa jurídica ou física e natural, para conferir se esses são corretos; se estão validos e se possuem algum antecedente adverso.

Logo, com o resultado dessa verificação poderá a Administração Pública antever riscos de futuras perdas. Assim dizendo, este conceito acima descrito está contido no capítulo “DA HABILITAÇÃO” da NOVA Lei de Licitações e Contratos, sendo possível confirmar pelo artigo 62.⁸³

Pois bem, a Lei 14.133, em seu artigo 6º, XXVII, vem falar sobre a definição de riscos em uma matriz de riscos, com a previsão de futuros acontecimentos. Porém, como prever o futuro se não com uma *Due diligence* que identifica subsídios que podem lastrear possíveis ocorrências futuras? Por exemplo, pode ter acontecido ocorrências com um licitante concorrente, em diversas outras obras similares, onde as mesmas incidências, como por exemplo, de atraso de obras, ocorreram em função do clima ou em função de troca de tecnologia empregada na obra ou por descoberta superveniente em solo, o que gerariam aditivos contratuais e aumento de custo; tal investigação e apuração só seria possível através de uma *Due diligence* ou na definição de uma Matriz de risco, como preveem os artigos 22 e 92, inciso IX.

Por tanto, nada é melhor, tão lúcido e imperativo para definir a *Due diligence*, como um processo de gestão de riscos e um procedimento de governança; sendo assim, veja-se os artigos 11 inciso I e §Ú, Art.18, X e Art. 72, inciso I da Lei 14.133, onde o legislador define o objetivo do processo licitatório, como: “*A alta administração ... é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, ... os processos licitatórios ..., com o intuito de*”...“*assegurar a seleção da proposta ... a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública...*” “*... e promover um ambiente íntegro e confiável...*”.

E chegando finalmente no artigo 169 que, com certeza é o mais emblemático deste trabalho, este define à existência da *Due diligence* na Lei e o determina que o façam. Portanto se deve conferir esse texto nos destaques: “As contratações públicas

⁸³ Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: I - jurídica; II - técnica; III - fiscal, social e trabalhista; IV - econômico-financeira.

deverão submeter-se a práticas ... de gestão de riscos e de controle preventivo, ... por servidores ... que atuam na estrutura de governança ...; Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ..., optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e ... com segurança jurídica Os integrantes das linhas de defesa observarão o seguinte: quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos; quando constatarem irregularidade ..., adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, ... bem como remeterão ao Ministério Público...”

Mas pergunta-se: se há uma vasta coletânea de artigos que demonstram a previsão da *Due diligence* na nova lei de licitações e contratos, por qual motivo este tópico começou justamente pelo artigo 169? Simples: conforme já reiterado no parágrafo anterior, o artigo 169 é a base desse trabalho; no que foi demonstrado até aqui, ele é um Pilar na nova lei de licitações e contratos no que tange à Gestão de Riscos e à demonstração de que a *Due diligence* é perfeitamente cabível e determinável.

É por isso que a nova Lei de Licitações e Contratos representa uma enorme evolução no que se refere à gestão de riscos, principalmente no capítulo III da Lei, como já dito acima em “DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES”, não por menos é nele que o artigo nº169 - exaltado acima - determina a sujeição da linha de defesa integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno - sendo estas as que precisam executar a *Due diligence*; e ademais, para que este procedimento funcione de forma eficaz se faz preciso um trabalho integrado da segunda com a primeira linha de defesa, isto é, em conjunto e sintonia.

As práticas de gestão de riscos e de controle preventivo são ações que devem ser exercidas pelos respectivos servidores do órgão, na atuação direta do processo operacional, pois ‘eles detêm nas mãos’ a oportunidade de empreender os primeiros passos de identificação de irregularidades no processo licitatório e nos licitantes. Para tanto, as unidades de controle interno⁸⁴, ou seja, as Unidades de Gestão de Integridade –

⁸⁴ Artigo 74 CRFB (Sistema de controle interno). Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de

UGI (conforme guia da CGU) – exercida pelo Responsável de Integridade (*Compliance Officer*) do programa de integridade do órgão – precisam coordenar esse processo em consonância com o Programa de Integridade implantado no órgão da Administração Pública.

Ponto bastante importante nesse tema e que não pode ficar omissos para a gestão de riscos e do aprimoramento do controle interno, é quanto à implantação do Programa de Integridade, ou como melhor dito pela CGU, também a Unidade de Gestão de Integridade - UGI, pois esta deve se engajar, sendo através do Programa de Integridade que se vai criar a Governança de normas de conduta que vão evitar com que a pluralidade de controles, como demonstrado nos incisos I, II e III do artigo 169, gere uma sobreposição de responsabilidades e obrigações na Administração Pública. Neste sentido a UGI precisará coordenar a responsabilidade, a competência e as funções dos órgãos ou entidades, no tocante a fazer e desenvolver a gestão de riscos e controle do processo licitatório e, principalmente no que tange à execução da *Due diligence*, que ficará demonstrado em tópico posterior, a descrição das sugestões de ação de governança que a divisão de tarefas e funções deverá executar.

Neste sentido as Controladorias ou Auditoria Interna, dependendo de cada Unidade Federativa, terão a responsabilidade de serem referência das Unidades de Gestão de Integridade - UGIs, dentro dos órgãos e entidades da Administração Pública; isto é, serão os braços da CGE dentro dos órgãos. Pois bem, as Controladorias são as detentoras do conhecimento em Programas de Integridade e *Compliance* público, portanto, neste processo de implementação da gestão de riscos e controle preventivo - previsto no artigo 169, as UGIs e as CGEs principalmente, serão cruciais para tal prática. No caso da União, será a CGU-Controladoria Geral da União, e no caso do Rio de Janeiro, ponto de delimitação desta pesquisa, será a CGE/RJ – Controladoria Geral do Estado.

Encerrando a tratativa dos dispositivos da Lei, que irão prescrever a gestão de riscos, tem-se o artigo nº11, que determina em seu §Ú que a alta administração será

crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

responsável pela governança das contratações e deverá implementar processos de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de promover um ambiente íntegro e confiável em suas contratações.

Voltando ao artigo 169, mas discorrendo melhor agora quanto ao parágrafo 1º, se quer afirmar que provavelmente este seja o “grande desvendado” para todos os problemas dessa Política Pública Anticorrupção, pois ele esclarece que, *na forma de regulamento, se dará a implementação das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, e que será de responsabilidade do alto escalão da Administração Pública* promover medidas que definam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos e com resultado mais benéfico para a Administração, nas contratações públicas. Destaca-se então, do trecho e aqui se faz questão de repetir, o seguinte: que será necessário, na forma de regulamento, a implementação das práticas de gestão de riscos e de controle preventivo, e que estes serão de responsabilidade da alta administração do órgão, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras, com segurança jurídica, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, ou seja, procedimentação por meio de Portarias, Resoluções, Deliberações etc, ou o mais adequado pelo Direito Administrativo, uma Resolução.

Já o §3º, adentra em uma seara em que a medida de controle e de gestão de risco já está implantada, e nesse ponto, deduzindo-se que as linhas de defesa, ao constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos, com o aperfeiçoamento dos controles, conclui-se que a implantação da ferramenta, que seria a *Due diligence prévia à contratação*, necessita estar devidamente regulamentada pelo alto escalão da Administração Pública, isto é, apenas ratificando o já dito acima, não basta fazer a regulamentação, está precisa vir assinada e proposta pelo mais alto escalão da Administração, que neste caso deve ser o Chefe do Poder Executivo ou a Secretaria ou Pasta logo abaixo do Chefe.

Alguns dos autores da obra *Governança e Compliance no Setor Público*, como Rafael Oliveira e Jessica Acocella, escreveram, nos capítulos sobre *A exigência de Compliance e Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações*, que o

procedimento de *Due diligence* estaria no artigo 174, e mesmo assim como algo futuro, na hipótese em que tal sistema se estruturasse ⁸⁵.

Logo, entendendo-se melhor o artigo nº174, vê-se que ele introduz o capítulo sobre o “PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS” (PNCP), o qual foi criado na forma de um sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada dos atos exigidos por esta Lei e à divulgação da realização das contratações pelos órgãos dos três Poderes e de todos os entes federativos. O PNCP é gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas; ele também contém as informações acerca das contratações, quanto aos seus respectivos planos anuais, catálogos, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação, editais de licitação, atas de registro de preços, contratos, termos aditivos e notas fiscais eletrônicas.

É no §3º que se acredita que a descrição do PNCP, art. 174, mais se assemelha à *Due diligence*, pois esta ferramenta oferece a funcionalidade de um sistema de registro cadastral unificado, com painel para consulta de preços, planejamento e gerenciamento de contratações, incluindo o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações e os acessos ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep). No entanto, como foi amplamente descrito neste trabalho, a *Due diligence* possui uma profundidade maior, pois apesar deste trabalho do PNCP ser por demais importante, porém, o máximo que ele poderia vir a se aproximar da *Due diligence* seria quanto ao processo de BKG, que é o que mais se assemelha à tal verificação de dados cadastrais e de registro que o Portal faz; para tanto, recorde-se que a gestão de riscos envolve a atividade de análise, classificação e a implementação de medidas, não sendo possível esquecer que o ponto focal da DD é a

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A exigência de *compliance* e Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações. In: IWAKURA, Cristiane; MIRANDA, Rodrigo; SILVA, Vlândia. **Governança e Compliance no Setor Público: Desafios e Perspectivas** Londrina, PR: Thoth, 2022. Note-se que atendendo ao escopo de incentivar e promover de forma ampla a integridade das contratações públicas ao lado da exigência de Compliance, a Lei 14.133/2021, reforçou por exemplo o dever de planejamento, exemplo artigos 5º, 6º - XX e artigo 18, o sistema de controle, como por exemplo os artigos 169 até o 173 e a transparência pública, como por exemplo o artigo 174. Aliás, em relação à transparência pública, o citado artigo 174 da lei 14133/2021, trouxe importante inovação ao instituir o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que tem por objetivo, sobretudo, garantir maior transparência dos processos de contratação pública, esse portal conterá informações para consulta pública como: editais, contratos, notas fiscais eletrônicas, painel para consulta de preços, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. O acesso a essas informações e registros, portanto, será fundamental para a formação de um processo interno de DUE DILIGENCE de integridade das contratadas. Em linha com o escopo da nova Lei de Licitações, registre-se ainda que o Ministério da economia publicou recentemente a Portaria SEGES/ME 8.678 de 19/07/2021 para dispor sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autarquia e fundacional, estabelecendo um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão dos contratos públicos, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis.

análise reputacional, o que, em nenhum momento, é mencionado pela Lei quanto ao Portal, que já se encontra em funcionamento ⁸⁶.

Bom, em tempo para um pequeno alinhamento de curso, para refazer o comentário acima, no que tange à menção de avaliação reputacional na presente lei, tal previsão encontra-se no artigo 88, §3º; lá é dito, quanto à avaliação do contratado em contratações anteriores, o que será avaliada pelo novo contratante, que emitirá um documento comprobatório quanto ao seu desempenho anterior – quanto à sua reputação, o que influenciará na sua contratação, conforme dito pelo Professor Marçal Justen Filho. Ademais, o artigo 37, que fala do julgamento por melhor técnica e preço, não mais simplifica a contratação apenas pelo preço; ele incluiu na avaliação da escolha, conforme incisos I, II e III, a capacitação do fornecedor, notas de natureza qualitativa e desempenho dele em contratações anteriores, como dito pelo Professor Marçal Justen Filho - ou seja, reputação. ⁸⁷

O artigo 91, da nova lei, descreve em seu parágrafo quarto que antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência de algum contrato com a Administração, esta deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), além de emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas, para juntá-las ao respectivo processo de formalização ou prorrogação de contrato. Portanto, quando a Lei determina a necessidade de se verificar se os licitantes estão regulares junto as receitas com seus impostos e tais devidamente pagos, como também, se estas são ou não empresas inidôneas ou suspensas para licitar, ou ainda pior, se estas já não foram punidas, como também da existência de eventuais débitos junto ao INSS, FGTS, demandas judiciais e demais, fica evidente de se identificar, que o legislador está querendo que o Administrador avalie se este licitante será um bom contratado, pois toda essa documentação de nada servirá se não houver uma análise e uma conclusão quanto a essa análise, isto é, com uma classificação e gestão de riscos sob este licitante, o que conseqüentemente, ao final, se tornará uma análise reputacional.

⁸⁶ Como se pode ver em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br/aceso-a-informacao/sobre-o-pncp/sobre-o-pncp>

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.502-503.

Assim, depois de dissecar o ponto mais relevante para a pesquisa, segue-se para o mais teórico da Lei, que são os princípios, que se encontra no capítulo II, artigo 5º, porém, para o que é válido neste trabalho, principalmente quanto a pesquisa de *Due diligence*, alguns princípios específicos serão de mais valia para apoiar na explicação da aplicação da DD, como o princípio da legalidade, da moralidade, do interesse público e da segurança jurídica que por assim só, estão previstos na lei e que se explica em seguida.

Pois bem, a *Due diligence* no processo licitatório, precisa gerar segurança jurídica, ou seja, expectativa segura para dar previsibilidade ao licitante, precisa gerar legalidade, isto é, previsão de normativa legal da *Due diligence*, devidamente procedimentada, para que não ocorra questionamento enquanto a sua licitude, precisa gerar moralidade, no tocante à análise reputacional do interessado ou licitante, onde este deve demonstrar idoneidade, respeito profissional e ético, para seguir em vias da contratação e finalmente quanto ao interesse público uma vez que, independentemente de toda e qualquer análise ou avaliação, o interesse público será sempre soberano e estará sempre em primeiro lugar e tenham certeza, todo esse arcabouço está previsto na Lei.

Assim, desenvolvendo o processo de aplicação da *Due diligence* e tentando enxergá-lo na prática, em de acordo com a Lei, vislumbra-se que no processo de Julgamento, esta será uma etapa em que os resultados apresentados na *Due diligence* do licitante, devem ser utilizados, ou melhor, tendo sido previsto em edital a realização da DD, tendo sido previsto no edital os critérios da DD e sendo apresentado como red flag do licitante item que o classifique como risco ALTO de contratação, ou seja, o alerta identificado é insanável, tal licitante deveria ser desclassificado, conforme artigo 59, inciso V. Ressalvase, que os critérios de classificação de desconformidade precisão estar transparentes na decisão e que, o § 2º deste mesmo artigo, possibilita a Administração, a realizar diligências para verificar a efetividade das propostas.

E para finalizar, conclui-se este tópico, que a nova Lei de Licitações e contratos, ao exaltar o *Compliance Público*, quando pré-determina, em diversos momentos, a constituição de Programas de Integridade, zela pela moralidade do contratado e conseqüentemente pela reputação da Administração pública, podendo ser visto no artigo 25, §4º, ao determinar que o edital deverá prever a obrigatoriedade de

implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, como também, no art. 60, que cria a regra de desempate entre duas ou mais propostas, pelo licitante que possui programa de integridade, ou seja, projetasse um processo de seleção natural através da integridade formal.

Agora, no tocante aos sistemas de controle, principalmente quando eles funcionam, ou seja, processando e julgado os responsáveis por condutas quanto ao cometimento de infrações administrativas, estes serão sancionados igual a Lei anticorrupção, e neste ponto parece que a Lei de Licitações também quis criar impacto no âmbito do combate a corrupção e por isso criou uma regra de atenuação dessas sanções, onde a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, deverão ser considerados, na hora da definição da sanção (vide Art.156, e §1º e inciso V). Também estará nos benefícios da criação do Programa de Integridade, a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, conforme prevê o artigo 163.

Fato posto, é que a NLLC é um grande aparato de objetividade em gestão de riscos.

2.4. O PROCESSO DE JULGAMENTO, PROCESSAMENTO, PRÉ-QUALIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO REGIDO PELAS LEIS 8.666, 14.133 e 13.979 E SUA APLICABILIDADE PELA DUE DILIGENCE.

As práticas descritas no título deste tópico estão previstas na Lei de 8.666⁸⁸, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal ⁸⁹. Esta lei tem o condão de instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, porém, com o início da Pandemia do COVID-19, início de 2020, entrou em vigor a Lei 13.979/20⁹⁰ (Lei para o enfrentamento do Coronavírus) e no ano seguinte, 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos a 14.133/21. O objetivo dessa observação é de reafirmar que até o ano de 2020, com relação a legislação de Licitações e Contratos, estava em vigor

⁸⁸ Lei Federal 8.666/1993. (Lei de Licitações e Contratos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 04 de outubro de 2021.

⁸⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 37, inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de outubro de 2022.

⁹⁰ Lei Federal 13.979/2020. (Lei de medidas para o combate do coronavírus). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,respons%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de%202019. Acesso em 04 de outubro de 2022.

apenas a Lei 8.666⁹¹, que com a Pandemia, passou a vigora em conjunto a Lei 13.979 e em 2021, de forma simultânea, a 14.133, ou seja, as três leis funcionaram em vigor.

Inicialmente é importante mencionar que a licitação se destina a garantir, para a contratação em geral, a observância de diversos princípios constitucionais que serão processados e julgados em estrita conformidade com demais princípios da administração pública.

Nesse sentido, para habilitação nas licitações, os licitantes deverão apresentar documentação que comprove sua habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, bem como sua regularidade fiscal e trabalhista, além de demonstrar materialmente que possui regularidade no tocante à proibição de trabalho infantil e/ou em horário irregular, conforme artigo 27 e 29 da Lei 8.666, algo muito similar e equiparável ao *background check*, que nada mais é do que uma verificação dos dados informados quanto à sua validade e veracidade, ferramenta essencial do *Due diligence*.⁹²

Com esse caminho, a documentação relativa à habilitação jurídica nada mais é do que a identificação oficial junto aos órgãos registrais; é também a documentação de regularidade fiscal, e elas são nada mais nada menos que os devidos registros nos órgãos fiscais, como Receita Federal, Secretarias de Fazenda Estadual e Municipal, além de regularidade nas certidões positivas ou negativas de débito nas justiças federal, estadual e trabalhista.

No que diz respeito à habilitação do Licitante, o artigo 62 da Lei 14.133, esclarece que essa será a fase em que se verificará o conjunto de informações necessárias para demonstrar a capacidade dele de participar da licitação. Portanto esse processo ocorrerá em algumas fases: a Jurídica (artigo 66) objetivará demonstrar a capacidade do licitante de exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele se limitará à comprovação de existência jurídica da pessoa e à autorização para o exercício da atividade.

⁹¹ Lei Federal 8.666/1993. (Lei de Licitações e Contratos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em 04 de outubro de 2022.

⁹² O Direito Administrativo do Pós-Crise [recurso eletrônico] /D598 coordenação de Maurício Zockun, Emerson Gabardo - Curitiba: Íthala, 2021, p. 141.

Em relação à habilitação fiscal, social e trabalhista, essas serão conferidas mediante a verificação da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, a verificação quanto à pertinência do ramo de atividade do Licitante, compatibilidade com o objeto da contratação; a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal e a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, além da regularidade perante a Justiça do Trabalho (Art. 68 da Lei 14.133).

Acerca da fase de habilitação econômico-financeira, seu maior objetivo é garantir a capacidade financeira do licitante em cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo isso ser comprovado mediante a apresentação pelo licitante, de balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e certidão negativa de feitos sobre falência, conforme descreve o artigo 69 da NLLC, isto é, justamente com o objetivo de demonstrar para a Administração, que estes documentos comprovariam, que o licitante possui porte suficiente à oferecer garantias para o Estado, quanto a sua plena capacidade de execução do contrato.

Pois bem, superada a habilitação, iniciasse a qualificação, que para essa pesquisa, nada mais é do que mais uma etapa do BKG que vai compor a Due diligence. Portanto, uma das primeiras ações da qualificação neste processo, será verificação da documentação relativa à qualificação técnica do licitante, que será basicamente a inscrição na entidade profissional competente e a aptidão para desempenho de atividade em licitação; já para a documentação relativa à qualificação econômico-financeira, servirá o balanço patrimonial e demonstrações contábeis - como a certidão negativa de falência e garantia, conforme artigos 27 até 31 da Lei 8.666, similar a habilitação econômica, mas, não igual.

Já o artigo 67 da Lei 14.133, que expressa a necessidade de comprovação da documentação relativa à qualificação técnico-profissional e operacional, quando se tratar de serviços contínuos, estabelece que o edital poderá exigir certidão que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação no passado, isto é, mais uma vez o legislador reitera que quer saber da reputação do Licitante antes de contratá-lo.

Outrossim, algo que não é inovador, mas, acrescenta ao propósito da Due diligence, através da Lei 8.666, é o procedimento de pré-qualificação, este não se confunde com a qualificação, pois a pré, trata-se de fazer uma avaliação prévia do licitante e está prevista em seu artigo 114. Tal artigo destina-se a uma análise mais detida da qualificação técnica dos licitantes, conseqüentemente a uma averiguação mais profunda das reais intenções dos licitantes, o que, se estiver previsto em edital, no tocante as penalizações fruto da análise da pré-qualificação, por conseguinte fomentará a verificação de um histórico progresso dos licitantes e seus representantes.

Pois bem, a Lei 14.133, dando ênfase ao artigo 6º, este definirá que a pré-qualificação será um procedimento prévio à licitação, destinado à análise das condições de habilitação dos interessados ou do objeto da licitação e, como explica o Professor Marçal Justen Filho, o que mais interessa para estes processos prévios a licitação, é o foco de restringir o licitante à futuras licitações⁹³, sendo assim, conforme mencionado acima, pela Lei 8.666, restringir o mal licitante é prevenir a Administração Pública de sofrer impactos negativos, fruto da má reputação do possível, futuro contratado.

Assim, trocando agora para outra etapa, tem-se o Julgamento da Licitação, valendo esclarecer que, o edital, além de conter a modalidade e o tipo da licitação, bem como o processo para recebimento da documentação e a proposta, como já dito acima, este também deve possuir, de forma clara, o critério para julgamento. Portanto, o rito do Processamento e Julgamento da licitação se iniciará com a abertura dos envelopes, ainda sendo possível, em qualquer fase da licitação, a realização de diligências junto aos licitantes, fase essa também destinada a esclarecer a instrução do processo.⁹⁴

Outro artigo que se faz importante comentar, é o 44 da Lei 8.666⁹⁵, que explica que, para o julgamento das comissões de licitação e da habilitação dos projetos de compra e dos Licitantes, se faz necessário que todas as exigências da Administração

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.186.

A pré-qualificação é um processo administrativo destinado a avaliar o preenchimento de requisitos diferenciados por potenciais licitantes ou de atributos qualitativos satisfatórios quanto a objetos de modo a restringir o acesso a licitações futuras.

⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 566.

⁹⁵ BRASIL. Lei Federal 8.666. Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. § 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. § 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

estejam previstas no edital, ou seja, de acordo com a própria jurisprudência do STJ, que já se manifestou, através da Ministra Laurita Vaz: *“O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório; ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público”*⁹⁶.

E para o Julgamento na licitação, efetivamente funcionar, o edital precisa estar claro, uma vez que, conforme determina o artigo 37 da Lei 14.133, o Julgamento da Licitação irá verificar a capacitação e a experiência do licitante quanto às suas atividades realizadas no passado, isto é, qual foi o resultado da execução de seus trabalhos anteriores? Ele foi bem avaliado? Para tanto pode-se entender que tal avaliação de experiência contemple a identificação de eventuais irregularidades, ou seja, se ele foi julgado ou processado pela justiça e até condenado. Sendo assim, com base nessa parte da legislação, pode-se entender que, o que a Administração Pública quer saber, é sobre a reputação do Licitante, sua vida pregressa e o que falam dele, se ele é bom ou mal.

Porém, quem é este mal licitante, pois é este que nos interessa identificar? Seria o inidôneo, tão mencionado nas referidas Leis? Mais uma vez, recorrendo ao Professor Marçal: *“a verificação de capacitação e experiência do licitante são requisitos tipicamente exigidos para avaliar a sua idoneidade para execução do objeto licitado”*⁹⁷; mas, aqui eis o desafio: como classificar o licitante/empresa contratado, ou fornecedor idôneo/inidôneo? Pois bem, no tocante a nova Lei de Licitações e Contratos, esta também é um tanto subjetiva nesse conceito, pois em seu artigo 14, inciso III, ela fala que a empresa que se encontrar impossibilitada de participar da licitação, em decorrência de sanção que lhe foi imposta, não poderá disputar licitação, nem participar da execução de contrato; seria esse o Licitante inidôneo?

Outra definição de idoneidade, transcrita na Lei 14.133 e bem singular, é a do artigo 91, que vem falar sobre a divulgação e ampla transparência dos contratos, onde, em seu § 4º, destaca que, antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração Pública deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e o Cadastro

⁹⁶ RMS 10.847/MA, 2ª T., rel. Min Laurita Vaz, j, em 27/11/2001 DJ.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p.503.

Nacional de Empresas Punidas, emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo. Pois bem, então empresa inidônea é aquela que está negativa quanto a restrições no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, negativada quanto a restrições no Cadastro Nacional de Empresas Punidas e negativada quanto a impedimentos e débitos trabalhistas; certo?

E, finalmente se avalia o artigo 156, inciso IV, da Lei 14.133, que também vai definir como idôneo o licitante que não foi responsabilizado por infração administrativa e conseqüentemente não sofreu a aplicação de sanção por declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Portanto se pode resumir que, para licitar, segundo a NLLC, “você” precisa ter uma boa reputação, precisa ser experiente, suas atividades realizadas no passado precisam ter uma boa avaliação, ou seja, o concorrente de um certame desse tipo não pode ter sido condenado por irregularidades, pela justiça ou Tribunais Administrativos, por algo que seja direta ou indiretamente ligado ao objeto da licitação, além de não poder possuir nenhuma das certidões, acima mencionadas, como positivas⁹⁸.

Assim, encerra-se esse tópico, demonstrando que, essa fase do processo licitatório nada mais é – como chamamos em *Compliance* – do que o BKG, ou melhor dizendo, *Background Check*, que nada mais é que uma verificação, uma pesquisa por informações sobre uma pessoa, por meio de consultas em fontes públicas, e que objetiva realizar uma análise do risco que a contraparte representa para o contratante⁹⁹.

No entanto, um ponto chave neste trabalho e que é importante para distinguir o simples processo, até agora aqui descrito, versus a Due diligence, é de que a Due diligence realiza gestão de riscos e aplica matriz de riscos aos alertas, às probabilidades de ocorrências e aos impactos negativos, já as verificações vistas acima, fruto da Lei 8.666 e a 14.133, não, pois conforme se pode observar nos exemplos práticos, descritos na obra de Franklin Brasil, em seu livro, *Como combater a corrupção em licitações*, de regra, os critérios aplicados na Administração Pública, se valem apenas do recebimento da documentação e informações, não havendo checagem e comparação, como o background check faz, como Franklin Brasil também demonstra na sua referida obra.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. Barueri, SP: Atlas, 2021.

⁹⁹ FRANCO, Isabel. **Guia Prático de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

2.5. A AUTOTUTELA DO CONTROLE INTERNO NA GESTÃO DE RISCOS E CONTROLE PREVENTIVO

Antes de tudo, se faz importante explicar que, autotutela é o controle do próprio órgão ou ente que tomou a decisão. Isso porque se pressupõe uma relação de subordinação, permitindo que órgão de graduação superior fiscalize, oriente e reveja a atuação de órgão de menor hierarquia ¹⁰⁰. Em apoio e auxílio direto a esse trecho sobre a autotutela, traz-se o Professor André Saddy, que ilustra a autotutela como se fosse exercida pelo próprio órgão que realizou a tomada de decisão e independe de previsão legal. Isto é, a autotutela existe apenas quando exercida pela mesma pessoa jurídica. Daí porque se prefere utilizar o termo (auto)tutela.

Neste sentido, o que se quer reforçar aqui é principalmente o poder de autotutela dos órgãos de controle interno, justamente na implantação da *Due diligence*, reforçada pela tutela das Controladorias, sob o poder de supervisão dos órgãos na sua implementação. E para melhor exemplificar as fases e etapas de tal implantação, se faz necessário apoiar-se, no processo administrativo, mais especificamente na interferência da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no tocante a autonomia de gestão da Administração Pública.

Pois bem, a Lei 9.784/99, visa estabelecer normas à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Nesta Perspectiva, se reconhece o procedimento administrativo, que com certeza deverá reger o processo de *Due diligence* e, portanto, deve ficar claro que o administrado é quem irá reger o processo de solicitação da demanda para a compra, aquisição ou simplesmente a contratação. Nesse processo, será solicitado a abertura de um procedimento de licitações e contratos, ao qual previamente se espera que passe pelo procedimento *Due diligence*, lembrando, que todas essas etapas, conforme o Art. 2º desta Lei, devem ser precedidas de processos administrativos, observados padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Não podendo deixar de mencionar, o papel fundamental das autoridades públicas nessas fases decisórias do processo de licitação, DD e contratação uma vez que, todo esse fluxo, deve passar por autoridades públicas¹⁰¹, que validarão ou descartaram procedimentos, gerando Accountability.

¹⁰⁰ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022, pp. 419-420.

¹⁰¹ (serão considerados autoridades, de acordo com a Lei, o servidor ou agente público dotado de poder de decisão)

Ora, e no que de mais importante essa Lei pode garantir ou estabelecer para dentro do Processo de *Due diligence*, estabelecido pelo Controle Interno do órgão ou entidade? Pois então, os artigos 45 e 53 da Lei 9.784/99, vão garantir a autotutela pelo serviço público, na figura do controle interno e pela tutela, através do órgão que supervisiona esse controle, graças a alcunha da autonomia decisória da Administração Pública no processo Administrativo. Tal competência se evidencia, já que, em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá adotar providências *acauteladoras* sem a prévia manifestação do interessado, como também, ela anulará seus próprios atos, quando verificado erros de legalidade, além de também revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, sempre a alcunha do interesse público.

Sendo assim, chamando a atenção para as Controladorias, que inclusive necessitam ser fortalecidas, estas terão a responsabilidade de serem a referência das Unidades de Gestão de Integridade, instaladas em cada órgão, para a tomada de decisões, ou seja, as UGIs, que serão um braço das Controladorias dentro dos órgãos, ao implementarem a gestão de riscos e controle preventivo, previsto no artigo 169 da Lei 14.133, ao processo de Licitação e Contratos, terão ao seu dispor, a atividade de autotutela, que deverá ser feita com a competência do poder de decisão do processo administrativo da Lei 9.784.

Sendo este o ponto mais adequado de conexão deste tópico com a pesquisa, ou seja, no decorrer do processo de *Due diligence*, estando o processo licitatório transcorrendo em de acordo ao devido processo legal, em alinhamento a Lei 9.784, as decisões tomadas pela administração, sendo a Controladoria, as UGIs ou os próprios Órgãos, fruto da *Due diligence*, para eliminar, mitigar ou suavizar riscos, como também, deixar de contratar, rescindir contratações ou impedir a participação de licitantes, estarão dentro da prerrogativa da administração Pública de autotutela, como providências *acauteladoras*, as custas do interesse público.

2.6. ANÁLISE JURÍDICA DAS AÇÕES DE REJEIÇÃO, INABILITAÇÃO, DESQUALIFICAÇÃO, DESCONTRATAÇÃO OU IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DE CONTROLE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO LICITANTE, FRUTO DO RESULTADO DA DUE DILIGENCE

Com base na lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 45, como já dito no tópico anterior, este vai determinar, que em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação ao do licitante. Para reforço deste entendimento, a jurisprudência descreve que, a impossibilidade de participação nas licitações, como decorrência da elevação do risco de integridade, caracteriza-se como medida de natureza propriamente acautelatória do interesse público, não se revestindo de caráter sancionatório. Disto decorrerá, a autorização do Poder Público a adotar medidas acautelatórias, sem prévia oitiva do interessado, como para rejeitar, inabilitar, desqualificar, descontratar o licitante ou lhe impor medidas de controle. E se, não fosse suficiente, tais providências acautelatórias encontram reforço legal nas disposições da Lei Anticorrupção, bem como no Estatuto Geral das Empresas Estatais, que aqui, também se pode utilizar como analogia para o interesse público da Administração Pública, como bem transcrito, a decisão do TRF recorrida ao STF¹⁰², na qual se referêcia aqui novamente.

Isto posto, o paragrafo anterior traduz o entendimento de que qualquer das atitudes descritas neste tópico, tomadas pela administração, com base nos resultados da análise da Due diligence do licitante, possuem embasamento legal.

Em continuidade à exposição das Lei que possuem fundamentação legal para rejeitar, inabilitar, desqualificar, descontratar o licitante ou lhe impor medidas de controle na Licitação, vide à lei 13.303/16, que dispõe sobre as Estatais, estando previsto em seu artigo 56, inciso V, que efetuado o julgamento dos lances ou propostas na licitação, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, além de que, a empresa pública poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas

¹⁰² STF. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.312.516/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. -Ressalte-se, ademais, que a impossibilidade de participação nas licitações da estatal, como decorrência da elevação do risco de integridade da apelante, caracteriza-se como medida de natureza propriamente acautelatória do interesse público, não se revestindo, neste momento, de caráter sancionatório. Disto decorrerá, de um lado, o reconhecimento da inaplicabilidade do art. 68 da Lei 9784/99 e, de outro, a aplicação do seu art. 45, que autoriza que o Poder Público adote medidas acautelatórias sem prévia oitiva do interessado. E, não fosse suficiente, tais providências acautelatórias encontram reforço legal nas disposições da Lei Anticorrupção, bem como no Estatuto Geral das Empresas Estatais. -Do exposto, verifica-se que não houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como ao princípio da presunção de inocência e do dever de motivação dos atos administrativos, como pré-questionado. No acórdão recorrido, se manteve intacta a sentença proferida pelo juízo de piso, com os seguintes fundamentos: “-Na hipótese, alegou-se que a Petrobrás teria elevado, de forma arbitrária, o grau de risco de integridade da impetrante, impedindo, desta maneira, sua participação nos certames licitatórios ofertados pela estatal. Com efeito, a Lei 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, expressa, em seu art. 32, diretrizes a serem observadas nas contratações e licitações promovidas por empresas públicas e sociedades de economia mista, dentre elas, a ‘observação da política de integridade nas transações com partes interessadas’.

ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, pois bem, se pode associar este trecho a uma forma de *Due diligence*.

Já no final do ano de 2022, foi atualizado o Decreto de regulamentação da Lei anticorrupção, como já dito no tópico anterior, que possui aplicabilidade mais limitada ao tema da pesquisa, mas, é preciso ressaltá-lo, pois ele foi bastante enfático na realização de *Due diligence* de Integridade, pelo seu artigo 7º, onde ele determina procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, como diligências apropriadas, baseadas em risco, conforme cada caso e com critérios de supervisão de terceiros e de pessoas expostas politicamente ¹⁰³.

Quanto ao artigo 16, do mesmo decreto, ele prevê que, infrações a norma de licitações e contratos da administração pública, que também seja tipificada como atos lesivos, sendo apurados e julgados conjuntamente, deve o chefe da unidade responsável no órgão ou da entidade pela gestão de licitações e contratos, comunicar à autoridade, eventuais fatos que configurem atos lesivos.

Ainda no Decreto da Lei Anticorrupção, prevê o artigo 19, que as pessoas jurídicas estão sujeitas às sanções administrativas, que quando forem atos lesivos à normas de licitações e contratos, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito a restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos. Pois veja, a norma anticorrupção que prevê e regula a necessidade de Programa de Integridade e de Procedimento de *Due diligence*, está deixando claro que, em atos lesivos a licitações, esta não mais contratará com a Administração Pública.

E finalizando os apontamentos ao Decreto, ao ler o artigo 58, onde ele descreve o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, sua exequibilidade será a mesma das demais exposições sobre ele em outros tópicos e normas, ou seja, uma taxativa Declaração de má-reputação.

E agora, adentrando nas Leis que vão tratar de forma direta quanto as condutas de rejeitar, inabilitar, desqualificar, desclassificar, descontratar o licitante ou lhe impor medidas de controle, se faz necessário descrever, primeiramente, os artigos 27 e 37 da

¹⁰³ Decreto 11.129/2022, em seu Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm. Acesso em 04 de outubro de 2021.

Lei 8.666, que determina a suspensão ou o cancelamento do licitante registrado na concorrência, quando este não preencher os requisitos de habilitação, ou seja, o *Background check*, instituído pelo artigo 27.

Em continuidade a lei, em seu artigo 45, este determina que o julgamento das propostas pela Comissão de licitação, com os critérios estabelecidos no edital, ocorra exclusivamente através dele, de maneira a possibilitar sua aferição pelos *órgãos de controle*. E ainda sob a égide do controle interno, veja-se o artigo 113, que no que tange ao controle das despesas decorrentes dos contratos, determina que este será feito pelo Tribunal de Contas. Já os órgãos integrantes do sistema de controle interno, poderão solicitar à adoção de medidas corretivas pertinentes, como a de mitigação de riscos e a atenuação de riscos quanto aos alertas identificados na *Due diligence*.

E chegando ao final da Lei 8.666, quanto as possibilidades de ser intransigente com o licitante, em função dos resultados da *Due diligence*, verifica-se o artigo 88, onde se determina que as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, tão qual a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, poderão ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, tenham sofrido condenação definitiva por praticarem fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos, como tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, também em virtude de atos ilícitos praticados.

Agora, a NLLC, a Lei 14.133, onde em seu artigo 88, o licitante ao requerer a inscrição no cadastro de licitantes, este deverá fornecer os elementos exigidos para habilitação, sendo que, este poderá ser suspenso ou cancelado, caso deixe de satisfazer exigências determinadas pela Lei ou por regulamento, o que aqui, se verifica parte das sanções aplicáveis fruto do BKG realizado na *Due diligence*.

Portanto, no processo licitatório, a alta administração é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de promover um ambiente íntegro e confiável.

Ademais, o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco

compatível com os riscos atribuídos ao contratado. E como forma de mitigação de tais riscos, à contratação poderá preceder a pactuação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato. No tocante a Contratação Direta, o processo que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverão ser instruídos com estudo de análise de riscos, termo de referência e projeto básico. Por tudo, é aqui que o termo mais chama a atenção uma vez que, este vai falar em estudo de *análise de riscos* para uma modalidade de contratação, o que deverá preencher os requisitos de verificação de Alertas.

Já quanto a alocação de riscos, na Lei 14.133, esta prevê que o contrato poderá identificar os riscos previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo licitante. Na alocação de riscos, poderão ser adotados métodos usualmente utilizados por entidades privadas, e os supervisores dos órgãos da Administração Pública poderão definir os parâmetros dos procedimentos necessários à sua identificação e alocação. Contudo, para antes entender como tais riscos serão alocados, se faz necessário a análise de risco ou como se têm dito neste trabalho, a realização da *Due diligence*, que identifica os riscos, para que depois estes possam ser alocados, com a função de mitigá-los, atenuá-los ou, se possível, eliminá-los.

Os resultados apontados na pesquisa, verificam que a aplicação do processo de análise reputacional é pautado nos princípios da Administração Pública.

A pesquisa também demonstrou, que a análise reputacional como requisito de contratação no âmbito Público, beneficiará as relações empresariais na sociedade, e fomentará a expansão da utilização desse processo como ferramenta no dia a dia da atividade contratual.

Dessa forma, verifica-se que a análise reputacional de licitantes, como requisito de contratação, possibilitando a negativa de sua contratação pelo ente público, preenche os requisitos da legalidade e segurança jurídica. Se o resultado da *Due diligence*, permitir a rescisão extraordinária e intempestiva da relação contratual, dada a identificação de resultado reputacional negativo, esta ocorrerá baseada na legislação vigente, como verificado acima.

2.7. UM MODELO DE *DUE DILIGENCE* PRÉVIA À CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir de então, será tecida as principais ideias sobre o tema da dissertação, junto aos autores utilizados e possibilidades para a pesquisa, ou seja, com as práticas já amplamente difundidas no âmbito privado para avaliação prévia de riscos antes da contratação ou para mantê-las em vigor, se espera poder aplicar a *Due diligence* em um modelo moderno no âmbito público, onde se possa estabelecer o cumprimento da legalidade junto ao ordenamento jurídico brasileiro e a devida Segurança Jurídica para todas as instituições que desejarem aplicá-lo.

Dentro da pesquisa e da implementação do modelo inserido no caderno de anexos, também se comparará, em tópico posterior deste trabalho, como ficaria a classificação de risco dos casos processados e investigados pelo MPRJ, conforme demonstrado através das Portarias e ACPs discorridas nesta Dissertação. A título de exemplo, se faz importante antecipar, que depois de analisado o Licitante e a contratação no procedimento de *Due diligence*, será apresentada uma conclusão, quanto ao BKG (Background Check) realizada.

Para o referido resultado, se estabelecerão níveis mínimos e máximos de risco da contratação, o que vai gerar orientações quanto a mitigação dos tais riscos, como por exemplo, a necessidade de aprovação de dois responsáveis do próprio órgão demandante da contratação; a necessidade de assinatura dessa contratação pelo mais alto escalão da instituição governamental; e a assinatura da contratação devendo ser feita pelo chefe do Poder Executivo, em casos de risco Alto ou Altíssimo.

Nos casos em que o órgão público insistir na contratação de Licitantes que são alvos de denúncias de fraude e corrupção e conseqüentemente são classificação em risco ALTO ou maior na *Due diligence*, lembresse que tal insistência é acompanhada do aval da Autoridade Pública responsável pela contratação e que também será a pessoa que assinará tal aprovação e o contrato, neste sentido, na hipótese das denúncias ao licitante se tornarem ações penais sentenciadas e condenatórias, mesmo que a autoridade tenha seguido todas as orientações de mitigação de risco, esta terá seus atos apurados como principal ponto de investigação uma vez que, este tinha todas as ferramentas e chances

para não levar o licitante ou a contratação à frente e mesmo assim o levou, por qual motivo?

Ainda dentro da aplicação do modelo proposto, em casos de risco ALTO, se estabelece o procedimento de envio das contratações para o órgão de fiscalização e auditoria externa, como forma de transparência e revisão, como por exemplo: os Tribunais de Contas, o MP, as controladorias Gerais, Ouvidorias, Canais de Denúncias, Corregedorias e etc. Ou seja, o modelo de Due diligence estabelecido nesta pesquisa, não impede tal contratação, mas, ela cria mecanismos de controle que a inibem.

Uma das maiores referências em termos de operacionalização prática e regras teóricas na Due diligence, é o Programa de Integridade da Petrobras, juntamente com sua normativa de Grau de Risco de Integridade, nas etapas de *Due diligence* de Integridade para licitantes e clientes, que inclusive possui robusta jurisprudência sobre o tema e que é bastante utilizada como exemplo no âmbito público.

O modelo aqui no ANEXO 7, possui o objetivo de que a sua execução prática possa ocorrer para qualquer tipo de licitação ou concorrência, de que seja possível classificar todos os resultados encontrados como alertas na pesquisa, que tais classificações sejam parametrizadas de acordo com a gradação do risco, para que isso também possibilite a gradação dos níveis hierárquicos de aprovação das contratações e publicações para fiscalizações e auditorias.

Vale destacar, que o modelo de *Due diligence* sugerido no ANEXO 7, no formato de uma resolução da Controladoria geral do estado da unidade federativa que vai adotar o procedimento, não é uma necessidade legal de todo órgão ou entidade pública para que seja possível a aplicação da Due diligence, ou seja, a administração pública poderá implantar tal procedimento de *Due diligence* prévia, sem a necessidade de prover uma edição de aparato legal. Sendo assim, não é interpretação deste trabalho, de que seja essencial a publicação de um procedimento administrativo em formato de resolução por parte da administração pública, mas, seria o ideal, pois assim, se cria a devida Governança que conseqüentemente cria a devida Accountability. Neste trabalho, se fez como melhor modelo e formato ideal, em estado da arte, de acordo com a idealização e pesquisas do autor.

Neste sentido, os doutrinadores Maria da Silva de Pietro e José do Santos Carvalho Filho, descrevem em suas obras, que os procedimentos adequados para esse tipo de ação será sempre o de Resolução por parte do órgão administrativo, publicado em diário oficial e assinado pelo responsável da pasta, conforme modelo inserido no Caderno de ANEXOS desta pesquisa (ANEXO 07).

Neste sentido, detalhando um pouco mais o propósito desse procedimento em formato de resolução, esclarecesse que seu maior objetivo é estabelecer orientações aos órgãos da Administração Pública, para que adotem, como modelo de Política Pública Anticorrupção, o procedimento de Due diligence prévia à contratação.

Desta forma, com tal formalização, os atos de publicidade dos editais de licitações, devem passar a constar, de que todos os licitantes estarão sujeitos ao procedimento de Due diligence.

Ademais, se faz muito importante a realização da integração do órgão instituidor de tal procedimento/ resolução de Due diligence, com a Unidade de Gestão de Integridade ou a Controladoria Geral do Estado/ Município e etc. Pois a coordenação do procedimento deve se estruturar para a sua aplicação como modelo de correição, integridade ou fiscalização, com viés de independência.

Assim, um ponto importante que vale explicar neste tópico, antes de ler o modelo de resolução, são as definições quanto a expressão “ALERTA de risco”, que inclusive está previsto na nova lei de licitações e contrato, em seu artigo 18, inciso X¹⁰⁴ e artigo 43 da lei antiga¹⁰⁵, ou seja, expressão esta que se refere a aspectos detectados durante a execução do processo de Due diligence e que requerem a atenção ao risco envolvido na contratação, fruto das pesquisas identificadoras de pontos negativos na contratação e conseqüentemente ensejaram a adoção de medidas de mitigação ou eliminação do risco.

Pois bem, o procedimento de Due diligence faz parte das ações da Administração Pública, em mitigar os riscos que possam surgir do relacionamento entre

¹⁰⁴ DA FASE PREPARATÓRIA - Da Instrução do Processo Licitatório - Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

¹⁰⁵ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, ..., promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

ela e os Licitantes, como os riscos de Integridade, jurídico, técnico, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeiro. E para tanto, a operacionalização do modelo, poderá seguir em etapas. Como a 1ª Etapa, para o preenchimento pelo licitante da autodeclaração de conformidade, na 2ª Etapa, com a avaliação de Risco Inicial pela administração, a 3ª Etapa, pela avaliação de Risco Atual pela administração e a última e 4ª Etapa, com a aceitação da contratação pelo procedimento de Due diligence.

Sendo a 2ª e a 3ª etapa as mais importantes, pois é onde o órgão de análise da Due diligence executará suas pesquisas, como a verificação da natureza, a viabilidade e razões para a contratação; Informações financeiras, como balancetes, balanços, planilhas contábeis e composições orçamentárias; Histórico de processos significativos e investigações; Informações históricas e projeções do licitante; Reputação da administração e dos representantes do licitante; Fatores de risco e eventuais conflitos de interesse.

Neste sentido, com o resultado das análises acima, através de formulário do órgão, sugere-se a criação de critério específico, para a definição de pontuação final, que com base nesse resultado, o licitante e a operação recebem um grau de Risco Inicial, ou seja, Risco Baixo Inicial, Risco Médio Inicial ou Risco Alto Inicial.

Portanto, a classificação em pontuação, conforme acima delineado, deve seguir o critério em de acordo com a possibilidade de eliminar ou não os riscos. Isto é, tendo sido o resultado como Baixo, o tramite deve ir direto para a “Aceitação”, caso contrário, o trâmite seguiria para as etapas de revisão.

Nas etapas de revisão, ela vai envolver a verificação dos riscos Médio e Alto e é neste ponto que se inicia a atividade da CGE, na 3ª Etapa, isto é, em analisar os licitantes avaliados na 2ª Etapa, promovendo um background check – BKG (Checagem de dados) deles e ponderando tal resultado. A CGE também realizará outras pesquisas, no intuito de detectar outros ALERTAS.

A CGE também deverá listar todos os ALERTAS e ao lado deles, a orientação de implementação de medidas para eliminar, mitigar ou suavizar os riscos criados pelos alertas, ficando os órgãos como responsáveis pela avaliação e consequente implementação de tais medidas. Também nesta fase, o resultado irá gerar uma análise de risco com as definições de Baixo, Médio ou Alto.

Portanto, com base no resultado dessa avaliação de Risco, tendo sido o resultado como Baixo ou Médio, a análise leva o procedimento direto para a etapa de “Aceitação”, com a necessidade de se implementar, as medidas que elimine, mitigue ou suavize os riscos gerados pelos alertas identificados. Agora, tendo sido o resultado como alto, nesta situação a Controladoria deveria comunicar ao chefe do órgão demandante, para que este decida se dará continuidade na licitação, se decidindo que sim, o procedimento deve continuar e deverá a CGE formar um colegiado para deliberar pela manutenção do Risco ou baixá-lo.

Tendo sido o resultado da manutenção do Risco em Alto, nesta situação a CGE deve enviar para o chefe do Poder Executivo, que conjuntamente com o Secretário da pasta que originou o processo licitatório desta Due diligence, decidirão se a contratação será realizada ou não.

Ademais, como forma de monitoramento, sugere-se que o procedimento tenha uma regra, de que a cada dois anos, a CGE requisite uma amostra de 10% (dez por cento) das análises de risco inicial de cada órgão, para revisar se tais análises realmente possuíam o risco baixo.

O método é pragmático e mais uma vez, seu objetivo é mitigar riscos e criar Accountability, de forma que ele só é necessário porque para se fazer gestão de risco, se faz necessário analisar aquilo que possui a probabilidade de ocorrência negativa e de gerar impacto negativo para a Administração.

2.8. A IMPLANTAÇÃO DO MECANISMO DE *DUE DILIGENCE* DE LICITANTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO

As funções do Estado na Administração Pública, seu ordenamento jurídico para tal exercício e sua atuação por meio das políticas públicas anticorrupção, são requisitos preenchidos na aplicação do modelo de gestão de riscos e controle preventivo proposto pela Lei de licitações e contratos e demonstrado a sua aplicação através deste trabalho. A pesquisa, ao criar um modelo de análise reputacional com pesquisa pública dos licitantes *prévia à contratação*, chama a sociedade para participar de forma ativa em tais processos, contribuindo através dos mecanismos e ferramentas públicas de transparência. Vale ressaltar, que este trabalho inquiriu permanentemente o papel do

Direito como potencial transformador da ordem social vigente, contextualizando sua prática nas realidades da rotina da Administração Pública.

Ademais, é importante esclarecer, que o modelo pesquisado e demonstrado na sua aplicação, não tem o objetivo de questionar a competitividade do processo licitatório, justamente para não esbarrar nos direitos constitucionais da competição e livre concorrência, pressupostos bastante valorizados no processo de seleção de licitantes e nos concursos da Administração Pública. Isto é, as possibilidades propostas no modelo da pesquisa, são plenamente fundamentados pela Lei de Licitações e contratos e a CRFB.

Além disso, como a pesquisa dedica suas atividades ao sistema de controle interno, por meio das linhas de defesa dos órgãos da Administração Pública, fica de óbvia constatação, que a dissertação intenciona-se a transformar-se em um modelo de Política Pública Anticorrupção - PPA.

Neste sentido, com a implantação do modelo da PPA desta pesquisa, em uma forma de Governo pré-estabelecido, se fará com que a respectiva Administração Pública, passe a condicionar às decisões de suas autoridades, de levar em frente ou não as contratações, em de acordo com o resultado da Due diligence do modelo da PPA. Ademais, a implantação do modelo de Due diligence em forma de PPA, parte do pressuposto que a Administração Pública que integra o Estado é um dos componentes que condicionam a formulação e a efetividade da políticas públicas.

Como Política Pública - PP, se este modelo estivesse sendo apresentado por um analista de Política Pública, como bem diz Secchi¹⁰⁶, ele precisaria explicar a fase em que tal PP se encontra, porém, antes lhe explicariam o *problema público* e para tanto, até mesmo antes, precisaríamos rememorar que a especificidade dessa dissertação e a causa primária de todo esse trabalho, foram as denúncias de corrupção, nas contratações públicas para o combate ao covid-19, denunciadas pelo MPRJ como fraudulentas, na crise na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro, no primeiro semestre de 2020.

Essa identificação de irregularidades, ensejou investigações do MPRJ, contra as empresas licitantes e as pessoas físicas identificadas como participantes do esquema.

¹⁰⁶ SECCHI, Leonardo. Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

Este *problema público* surgiu com a *deterioração do status quo*, neste caso, com o surgimento da Pandemia, melhor dizendo, um depauperamento ou trauma real de um ambiente público específico e com isso, o Poder Público se vê na necessidade de criar inúmeras regras de contratações emergências, da noite para o dia, e é aqui, nesta fase, da identificação do problema público, que o ciclo da política pública se inicia, em outras palavras, *Contratações fraudulentas e com diversas irregularidades, investigadas pelo MPRJ – Problema Público*.¹⁰⁷

Quanto a formação da agenda da Política Pública, o que corrobora o problema público ao status de necessário de intervenção pública, este é simples de identificar, ao ponto que tais contratações fraudulentas foi escândalo na sociedade Brasileira, ao ser noticiada por uma grande parcela da mídia de grande circulação, meio político e demais organismos institucionais.

Neste trabalho, o autor da Dissertação, o pesquisador nessa problematização, seria o Analista de Políticas Públicas, que têm a função de diagnosticar o problema, desmistificar culturas sedimentadas quanto ao problema público, mas, também têm a função de criar alternativas de correção da política pública ou criar a própria política pública, precisando investigar, apurar o problema, estabelecer fundamentação adequada no processo de convencimento de que aquele é o problema e que essas são as alternativas adequadas para credenciar a política pública solucionadora do problema público¹⁰⁸.

E finalmente chega-se ao ponto discutido na pesquisa, a fase do ciclo de políticas públicas em que esta Dissertação se encontra, ou seja, o de *Formulação de alternativas de política pública*, quer dizer, para o enfrentamento de um problema identificado e que está na agenda, quais são as possíveis soluções? Como o problema público são as contratações fraudulentas e se quer analisar se estas foram precedidas de verificação prévia de licitantes, já que os indícios de fraudes são noticiados como algo simples de se identificar e que tal verificação não foi feita (conforme informado pela SES/RJ), então, verificar os indícios de irregularidades se transforma em alternativa de enfrentamento do problema público¹⁰⁹. E pensando agora em um Policy Paper, criado

¹⁰⁷ SECCHI, Leonardo. *Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 29.

¹⁰⁸ SECCHI, Leonardo. *Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2019, pp. 16-17.

¹⁰⁹ SECCHI, Leonardo. *Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 70.

por este pesquisador/ Analista de Política Pública, como este Policy Paper conseguirá gerar alternativas?

Uma dessas alternativas, é a implantação dos Programas de *Compliance*/Integridade Público como Política Pública anticorrupção, sendo legítimo sua eficácia, como demonstrado no âmbito da administração pública federal, que se dá em evidenciar que toda a legalidade e normatização demonstrada no tópico “*O Programa de Compliance Público, como mecanismo de Controle Interno na Administração Pública*”, quer se fazer efetivo, no intuito de coibir os excessos praticados pelas instituições com programas implantados. Ressalvasse, que isso não significa que não haverá corrupção, até mesmo porque tal ato se dá em razão da má-fé e má índole do ser humano, algo que não se prevê, portanto, o Programa de integridade e suas ferramentas ou pilares, como a *Due diligence*, têm o condão de gerir riscos, mitigando-os ou possivelmente o de evitá-los, mas, isso apenas quando as ferramentas de controles estão bem atualizadas e em pleno funcionamento.

A título de exemplo, como espelho e modelo de Políticas Públicas anticorrupção, criadas pela CGU, exibisse abaixo, como referência, o Painel Integridade Pública do Governo Federal, onde a CGU se encarrega de toda a verificação, das dezenas de órgãos e instituições públicas federais, quanto a quais desenvolveram e fizeram suas implementações no plano de integridade. Nele, a CGU informa que é possível acessar o conteúdo integral de todas as recomendações. Segundo a Controladoria, a ferramenta permite a participação da sociedade, de forma que os cidadãos acompanhem e monitorem a atuação do governo na prevenção e no combate à corrupção, conforme se observa na demonstração abaixo pelas ações internalizadas nos órgãos:

Imagem 14:

Painel de Integridade Pública
 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

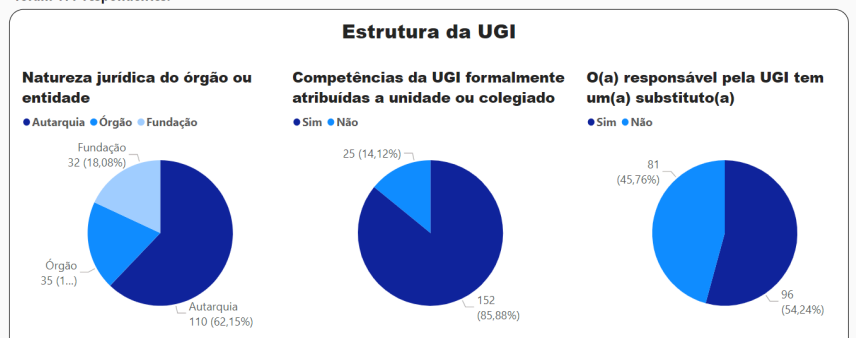
Órgãos/Entidades
 Natureza jurídica do órgão ou entidade

- Selecionar tudo
- Autarquia
- Fundação
- Órgão

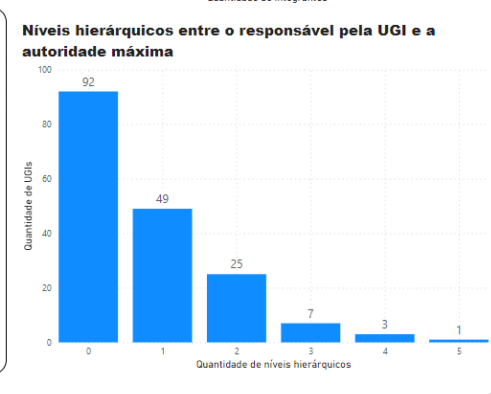
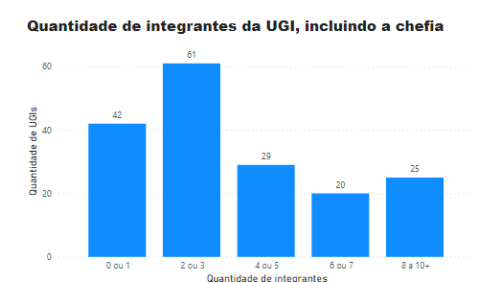
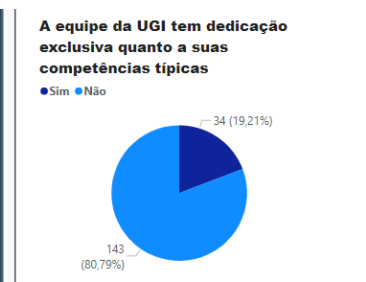
Órgãos/Entidades
 Sigla - Nome

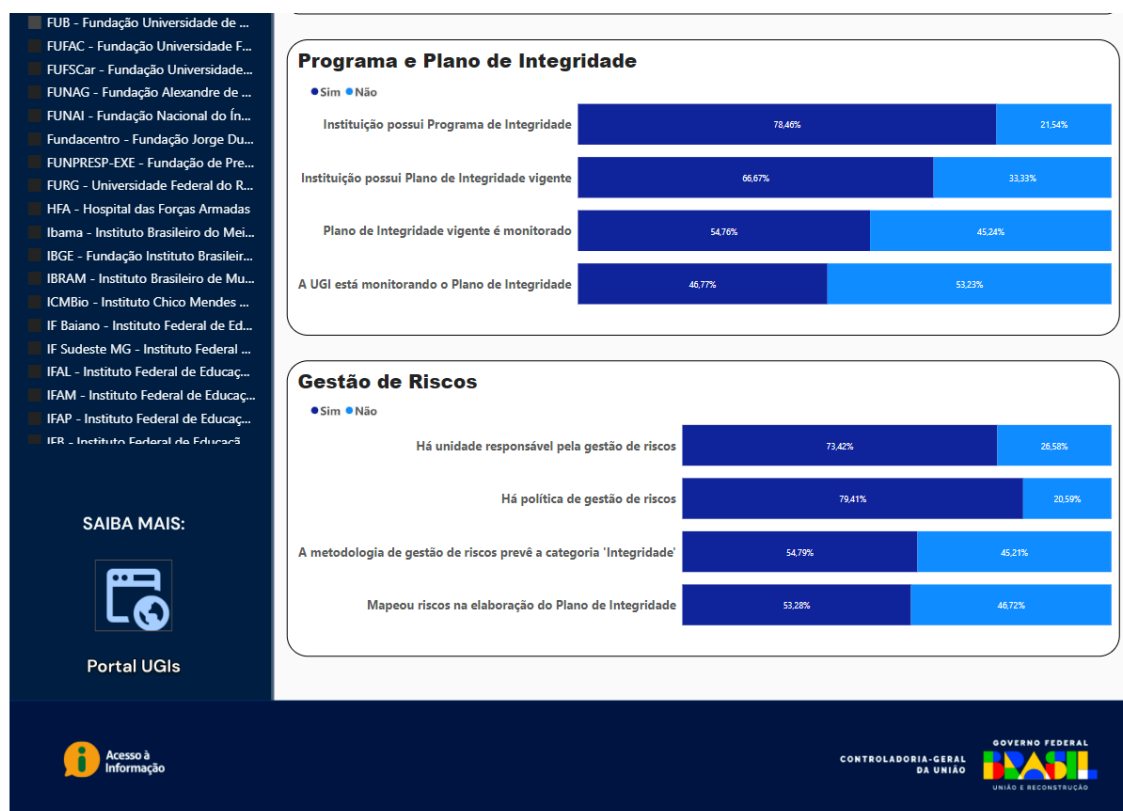
- Selecionar tudo
- AEB - Agência Espacial Brasileira

As informações apresentadas abaixo foram coletadas, de forma declaratória, entre 1º de março e 26 de maio de 2023, por meio de um questionário enviado aos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Até o momento, foram 177 respondentes.



- ANA - Agência Nacional de Águas...
- ANAC - Agência Nacional de Avia...
- ANATEL - Agência Nacional de Tel...
- ANEEL - Agência Nacional de Ener...
- ANPD - Autoridade Nacional de P...
- ANS - Agência Nacional de Saúde...
- Antaq - Agência Nacional de Tran...
- ANTT - Agência Nacional de Trans...
- Anvisa - Agência Nacional de Vigil...
- BCB - Banco Central do Brasil
- Cade - Conselho Administrativo d...
- CAPES - Fundação Coordenação d...
- Cefet/RJ - Centro Federal de Educ...
- CEFET-MG - Centro Federal de Ed...
- CGU - Controladoria-Geral da Uni...
- Cmdo Ex - Comando do Exército
- CNEN - Comissão Nacional de En...
- CNPq - Conselho Nacional de Des...
- COMAER - Comando da Aeronáut...
- CPIL - Colégio Pedro II
- CVM - Comissão de Valores Mobil...
- DNIT - Departamento Nacional de...
- DNOCS - Departamento Nacional ...
- FBN - Fundação Biblioteca Nacional
- FCP - Fundação Cultural Palmares
- FCRB - Fundação Casa de Rui Bar...
- Fiocruz - Fundação Oswaldo Cruz
- FNDE - Fundo Nacional de Desen...
- FIB - Fundação Universidade de





04/10/2021¹¹⁰

Como demonstrado acima, no acompanhamento da CGU, destaca-se as definições de fluxos para verificação da devida implantação dos principais pilares do Compliance Público, como a instituição do programa de integridade, instituição das Unidades de Gestão de Integridade, Políticas de Gestão de Risco e demais, que implementadas, segundo a CGU, em formato de dados com possibilidade de monitorá-los, se quer comprovar a indubitabilidade do Programa de *Compliance* Público nessas organizações.

Ademais, também se apresenta um importantíssimo exemplo de Política Pública Anticorrupção, que também deve servir de referência e exemplo para o modelo que se cria nessa pesquisa. Aqui se apresenta, o EBT — Avaliação 360° - 2ª Edição, já mencionado em tópico anterior, ele é o monitoramento idealizado e realizado pela CGU, mas, que infelizmente se demonstra descontinuado. No início deste trabalho foi falado sobre ele, principalmente dos resultados desta avaliação para os Estados de Minas Gerais, Espírito Santo, São Paulo e Rio e Janeiro, porém, agora se exhibirá um contexto mais amplo pelo País, apenas à título de demonstração.

¹¹⁰ Disponível em: <http://painéis.cgu.gov.br/integridadepublica/index.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2021.

Conforme demonstrado abaixo, a CGU elabora um ranking no monitoramento da transparência Pública para se evidenciar a efetividade em ações implementadas pelos Estados na promoção do acesso à informação da administração pública.

Imagem 15:

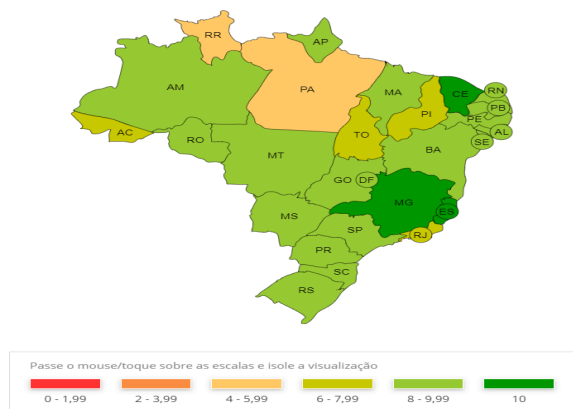


Imagem 16:

Ranking Geral	Localidade	UF	Nota
1	Ceará	CE	10,0
1	Espírito Santo	ES	10,0
1	Minas Gerais	MG	10,0
4	Paraná	PR	9,96

*Período de avaliação: de 01/04/2020 a 31/12/2020.

Neste ranking, referente a essa 2ª edição da avaliação, tendo ficado em primeiro lugar o Estado do Ceará, em segundo o do Espírito Santo e em terceiro o de Minas Gerais, todos com notas 10 na escala. Em último lugar o Estado de Roraima (4,91) e em penúltimo o do Pará (5,92), que classificam sua transparência em informações da administração pública, de forma deficiente.

Fazendo um paralelo aos estados acima mencionados, destacamos que o estado do Ceará possui um órgão central de controle interno desde 2003, porém com o novo formato de CGE-CE (Controladoria Geral do Estado do Ceará) desde 2018, além de, um programa de integridade em expansão e em pleno funcionamento. Já o Estado de Minas Gerais, este possui a 40 anos uma área de controle interno, mas, desde 2011 a CGE-MG trabalha com esse novo formato de Controladoria, além do seu Programa de Integridade em pleno funcionamento. Pois bem, finalmente o Estado do Espírito Santo, que possui a Auditoria Geral do Estado desde 1987 e a Secretaria de Controle e Transparência desde 2017, mas também nos mesmos moldes das CGE's dos demais Estados, além, claro de um Programa de Integridade administrado por ela, em tempo considerável como os demais estados mencionados.

¹¹¹ Disponível em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66. Acessado em 08/10/2021.

¹¹² Disponível em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66#ranking. Acessado em 08/10/2021.

Com esse contexto e demonstrações práticas acima de controle, gestão de riscos e transparência, que gera a participação da sociedade, pode se afirmar que, o *Compliance* Público, como Política Pública anticorrupção, se reflete na gestão de assuntos e bens públicos; digo, a integridade; a transparência; e a prestação de contas; como resta definido no artigo 5º do Decreto Federal 5.687/2006¹¹³ em que o Brasil ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Finalizando então este tópico, ficou claro, porém, se resume aqui, que o modelo de Due diligence, como um dos pilares do Programa de Compliance Público, implantado na Administração Pública, como alternativa para resolver o problema da falta de Integridade e gestão de riscos nas Licitações e Contratos, se configura como uma Política Pública Anticorrupção.

3. ANÁLISE DAS AÇÕES DO MPRJ CONTRA AS IRREGULARIDADES NAS CONTRATATAÇÕES EM COMBATE AO COVID-19

Dado início a análise das Ações Cíveis Públicas, das Portarias de Investigação do MPRJ e dos Processos SEI do Governo do Estado do Rio de Janeiro, conforme referências abaixo e dados/documentos originais, disponibilizados nos Portais dos respectivos órgãos, foi possível entender a lógica elaborada pelo MP para realizarem a denúncia aos investigados nas fraudes das contratações da saúde do Estado do Rio de Janeiro.¹¹⁴

Reforçando, que as Ações Cíveis Públicas e a Portarias de Investigação do MPRJ, selecionada para essa pesquisa, seguiram o seguinte critério e delimitação;

¹¹³ Decreto Federal 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Artigo 5. Políticas e práticas de prevenção da corrupção. 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas. 2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção. 3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção. 4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção. Artigo 6. Órgão ou órgãos de prevenção à corrupção. 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, garantirá a existência de um ou mais órgãos, segundo procede, encarregados de prevenir a corrupção com medidas tais como: a) A aplicação das políticas as quais se faz alusão no Artigo 5 da presente Convenção e, quando proceder, a supervisão e coordenação da prática dessas políticas; b) O aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção.

¹¹⁴ <http://www.fazenda.rj.gov.br/sei/orgaos> - Despesas com o CORONAVIRUAS - SEI_080001_005899_2020, SEI_080001_006738_2020, SEI_080001_007067_2020, SEI_080001_007272_2020, SEI_080001_007407_2020 e SEI_080001_007593_2020. Acessado em 01 de outubro de 2023. <https://www.mprj.mp.br/coronavirus-covid-19/forca-tarefa>. Ações Cíveis Públicas e Portarias de Investigação do MPRJ.

- Investigações realizadas pelo FTCOVID – Força Tarefa para combate da corrupção na contratações para o COVID no Estado do Rio de Janeiro;
- Contratações realizadas pela Secretária Estadual de Saúde do Estado do Rio de Janeiro; e
- Contratações de serviços de saúde, produtos e insumos para o combate ao COVID-19, realizadas no ano de 2020.

3.1. ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELA SES DO RJ, PARA O COMBATE AO COVID-19

Conforme explicado no tópico e capítulo próprio quanto às Ações Cíveis Públicas do Ministério Público, as contratações analisadas nesta pesquisa, foram aquelas realizadas pela Secretaria de Saude do Estado do Rio de Janeiro, investigadas pela Força Tarefa do MPRJ, o FTCOVID, e que foram realizadas para o combate ao COVID19 no ano de 2020.

Neste sentido, nos próximos itens, se detalha para melhor entendimento da investigação do MP, como a SES – Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, segundo o MP, fazia a concentração das contratações, o fluxo de aprovação, o empenho e o pagamento delas. De forma que esse processo a ser entendido, é importante para se compreender as etapas em que o Modelo de Due diligence entraria em uma hipótese de aplicação.

3.1.1. O PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO, ADOTADO PELA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO, NO INÍCIO DA PANDEMIA DO COVID-19

Como buscou-se evidenciar por esta pesquisa, as contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2020, mais especificamente no primeiro semestre de 2020, são as que foram detalhadas nas Ações Cíveis Públicas interpostas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Como já dito e explicado no início deste trabalho, de todas as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo MPRJ no combate ao COVID-19, apenas algumas são as que justamente interessa nesta Dissertação; e mais uma vez se explica, foram apenas as referente às contratações de serviços e compra de produtos, realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado. Portanto, investigou-se academicamente tais contratações e tomadas

de preço com irregularidades, desvios e fraudes nos processos de escolha das empresas, não deixando de se mencionar que as contratações deveriam ter em seu objeto o atendimento às demandas provenientes do impositivo de combate ao COVID-19 no ano de 2020.

Portanto, tais contratações em escopo para esta análise, decorrem do propósito de focar nas irregularidades que ocorreram no fluxo da contratação, isto é, as contratações em que se evidenciou irregularidades no tocante ao descumprimento do artigo 4º da Lei 13.979/20, que dispensava a licitação, mas exigia o cumprimento de uma série de requisitos. Tal Lei determinou os mecanismos que substituíram temporariamente os processos de habilitação, qualificação e julgamento dos licitantes, desde o início da negociação, mecanismos que se tornam claros em simples leitura dos processos de contratação; destacando que, os Decretos Estaduais nº. 46.991 de 24 de março de 2020¹¹⁵ e 47.051, de 29 de abril de 2020 dispunham claramente de regras de dispensa de licitação, como a estimativa de preços que deveria ser obtida mediante 3 propostas, além do que, antes de se iniciar os procedimentos de contratação, dever-se-ia consultar o Órgão Central de Logística sobre a existência de ata de registro de preços que, em caso positivo, deveria ser solicitada a sua adesão, o que os processos de contratação demonstram, que não era cumprido.

Segundo as Ações Cíveis Públicas e as Portarias de Investigação do MPRJ, que analisaram o andamento dos processos de contratação que resultaram nos contratos com empresas fraudulentas - para aquisição de máscaras de proteção facial dos profissionais de saúde, aquisição de testes rápidos para detecção de IGG e IGM do COVID -19, aquisição de monitores pulmonares e ventiladores pulmonares e demais insumos, verifica-se que o início de cada ação se dava a partir da provocação do Subsecretário (pela comparação cronológica dos fatos).

Como se detalha nas referidas demandas do MPRJ, os pedidos não eram criados pela área técnica da Secretaria de Estado de Saúde, ao contrário, de forma até então anormal, a demanda de aquisição passa a ser provocada pela própria Subsecretaria Executiva, sem qualquer justificativa para a aquisição - nem para os quantitativos,

¹¹⁵ RIO DE JANEIRO. PODER EXECUTIVO. Decretos Estaduais, nº. 46.991 de 24 de março de 2020. DISPÕESOBRE REGRASDE DISPENSAD LICITAÇÃO PARAA CONTRATAÇÃODE BENSESERVIÇOS,INCLUSIVE DEENGENHARIA, DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONALDECORRENTEDO CORONAVÍRUSDEQUETRATA ALEI FEDERAL Nº 13.979,DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020.

seguindo o encaminhamento para a Superintendência de Logística, Gerência e Patrimônio da Subsecretaria.¹¹⁶

Portanto, a Subsecretaria Executiva autorizava o início dos procedimentos de aquisição, sem pesquisa de preços, apesar de, na maioria dos casos, sempre apontar que teria recebido três propostas, mesmo que, em alguns casos, a Coordenação de Qualificação de Materiais alertasse para as divergências quanto aos insumos e materiais necessários, comparativamente com os ofertados pelas empresas selecionadas.¹¹⁷

Conforme exemplos identificados pelo MPRJ, em alguns casos averiguados, no mesmo dia de recomendação para ajustes nos Termos de Referência (quando os setores demandantes são informados da ocorrência de prazo do certame com celeridade fora do comum), a Coordenação de Compras informava que haviam sido recebidas três propostas para a aquisição de equipamentos e insumos hospitalares, apesar de a Secretaria Estadual de Saúde /RJ não ter feito chamamento público ou divulgado amplamente os processos de seleção para contratação, por qualquer “meio”.¹¹⁸

Portanto o MP constatou que eram celebrados contratos sem que houvesse justificativa para a dispensa da apresentação de documentos de habilitação da pessoa jurídica contratada, documentos esses exigidos pelos respectivos Termos de Referência. Tais documentos visavam garantir a capacidade técnica das eventuais contratadas para cumprir com a entrega do objeto dos contratos.¹¹⁹

Ademais, em teoria, o procedimento correto e a rotina da Secretaria de Saúde, determinavam que os Termos de Referência de equipamentos e insumos de saúde fossem estabelecidos e redigidos pela área técnica competente e só então encaminhado à Subsecretaria Executiva para realizar a aquisição, porém, quem os estava definindo era a própria Subsecretaria Executiva.

Sendo assim, os termos de referência, que instruíam os processos para aquisição de insumos e equipamentos, estavam sendo redigidos pela Superintendência de Logística, Suprimento e Patrimônio, a quem coube providenciar a confecção dos documentos contendo as quantidades e especificações definidas pela Subsecretaria de

¹¹⁶ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0094359-36.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 12/05/2020. Acessado em: 22.03.2022.

¹¹⁷ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0094359-36.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 25/06/2020. Acessado em: 22.03.2022, p. 17.

¹¹⁸ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0127970-77.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 25/06/2020. Acessado em: 22.03.2022.

¹¹⁹ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0127970-77.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 25/06/2020. Acessado em: 22.03.2022.

Saúde, além de assiná-las e anexá-las aos processos. De acordo com os Promotores, essa não era a rotina usual da Secretaria, posto que os dados referentes às quantidades e especificações eram definidos pela Subsecretaria de Saúde, que já as mencionava na abertura dos processos administrativos, sem estudo técnico.

Ainda na seara dos processos contratuais da Secretaria Estadual de Saúde, delimitados pelo MPRJ, tais demandas descrevem que esses contratos foram celebrados com precária ou nenhuma averiguação acerca da capacidade dos licitantes em honrar o acordo, implicando em contratação de licitantes certamente inábeis, com elevado risco de inadimplemento na entrega do objeto contratado.¹²⁰

Outro ponto importante detalhado nas ações do MPRJ, era quanto ao registro dos licitantes no portal da ANVISA, de onde se verificou que muitos licitantes daqui (Rio de Janeiro) não possuíam registro de qualquer natureza perante a referida agência reguladora.

Observe-se que muitos dos licitantes contratados, sequer eram fornecedores habituais e conhecidos da Secretaria Estadual de Saúde, não havendo histórico de experiência que assegurasse uma relação comercial de confiança com o governo.

Seguindo o fluxo do processo, o Subsecretário Executivo autorizava a despesa e encaminhava o processo para liquidação e certificação da despesa (empenho), para posterior encaminhamento à Coordenação de Execução Financeira, para emitir a programação de desembolso e pagamento.

Contudo o MPRJ chama a atenção, por diversas vezes, de que não há histórico conhecido de que a Secretaria Estadual de Saúde do Rio, tenha feito chamamento público ou divulgado os referidos processos de contratação neste período pandêmico, por qualquer meio (mídia) ou sequer tenha feito contato por e-mail com outras empresas do mercado, além das próprias contratadas.

Outro fato no procedimento de contratação que chama a atenção na pesquisa - e principalmente do MPRJ, são os pedidos de pagamento antecipado feitos pelas próprias empresas investigadas e processadas, tendo sido esses pagamentos autorizados

¹²⁰ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0127970-77.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 25/06/2020. Acessado em: 22.03.2022, p. 60.

pela Secretaria Estadual de Saúde mediante simples emissão do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) - em alguns casos.

Mesmo assim, de acordo inclusive com a manifestação de defesa das autoridades públicas processadas pelo MPRJ, o Tribunal de Contas da União - TCU - admite o adiantamento de pagamento desde que seja a única opção para obter a prestação do serviço.¹²¹

Os processos SEI (Sistema Eletrônico de Informação – Governo do Estado do Rio de Janeiro) que continham em sua essência o adiantamento do pagamento pela Secretaria Estadual de Saúde para os contratados, iniciavam sempre com a DANFE de venda da mercadoria, como se a mercadoria já tivesse sido entregue.¹²²

Nesse contexto vale lembrar que o fluxo de contratação utilizado pela Secretaria Estadual de Saúde estava com ausência de justificativa para a contratação, onde deveria indicar a efetiva análise de cada caso concreto de compra, para se comprovar sumariamente, a necessidade do pagamento antecipado. Apesar disso, o “CHECKLIST COVID-19” criado para essas situações naquele período especial, conforme exemplo abaixo, era preenchido da seguinte forma: Item 05 - “*a emissão da nota fiscal... é posterior ao... fornecimento feito...?*”, resposta no colchete ao lado: “SIM”, isto é, esse ponto contraditório chama bastante a atenção dos Promotores de Justiça em suas investigações e análises dos casos. Ademais, a marcação como “SIM” no colchete do item “10” que diz: “*o processo pode retornar para cumprir exigência*”, faz parecer que o objetivo de urgência da contratação não procede e, caso contivesse qualquer erro no processo, mesmo após o pagamento e a entrega do insumo ou o serviço prestado, este poderia ser corrigido (v. abaixo exemplo de um dos processos SEI):

Imagem 1:

¹²¹ TJRJ. 2º VFP CC. ACP. 0128082-46.2020.8.19.0001. Dj: 1ª Instância - Distribuído em 25/06/2020. Acessado em: 22.03.2022, p. 28 e 36.

¹²² Como se pode conferir a peça em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/01280824620208190001__INICIAL__ACP__Lei_Anticorrupcao__Respiradores_2.pdf. Acessado em 20 de janeiro de 2023.

CHECKLIST COVID-19

01	A especificação, o nome e CNPJ do beneficiário, e o valor são os mesmos na Proposta, na Nota de Empenho e na Nota Fiscal;	SIM (X) NÃO ()
02	A primeira via da Nota Fiscal ou documento equivalente está devidamente atestado por dois servidores público, com seu respectivo ID funcional;	SIM () NÃO (X)
03	A despesa está com cobertura contratual (Termo de referência, Projeto Básico Simplificado ou Contrato);	SIM () NÃO ()
04	Houve glosa ou desconto;	SIM () NÃO (X)
05	A emissão da Nota Fiscal ou documento equivalente é posterior ao serviço prestado, fornecimento feito ou obra executada;	SIM (X) NÃO ()
06	Consta autorização do Ordenador de Despesa;	SIM (X) NÃO ()
07	Consta parecer da Subsecretaria Jurídica;	SIM () NÃO (X)
08	A isenção das obrigações tributárias está compatível com a legislação pertinente;	SIM (X) NÃO ()
09	O processo se reveste das formalidades legais dos artigos 90, 91 e 92 da Lei nº 287/79, e está em condições de ser liquidado, com posterior envio para realização do pagamento;	SIM () NÃO (X)
10	O processo pode retornar para cumprir exigência.	SIM (X) NÃO ()

123

Vale anotar que, o processo administrativo junto à SES, referente as contratações investigadas, deveriam possuir, além do contrato assinado pelo fornecedor, com a data de assinatura preenchida e a data da vigência contratual, os documentos técnicos essenciais, previstos no Termo de Referência, como certidões negativas de falências e concordatas, garantia contratual prevista em contrato, documentos esses que, de regra, estavam pendentes nos processos de contratação aqui pesquisados, como também ocorria falta de diversos outros documentos, até o fim da contratação.

3.1.1.1. Fluxo de contratação, desde a realização do pedido do insumo, produto ou serviço, até o seu encaminhamento para aprovação final, no início da Pandemia

Tal como nos demais processos de compra do Estado do Rio de Janeiro, o processo administrativo SEI deve ser aberto para qualquer aquisição; no entanto, os abertos pela Secretaria Estadual de Saúde, neste período da Pandemia, seguiam direto para a empresa que as autoridades da Secretaria escolhiam, isto é, uma única empresa contactada pela Secretaria Estadual de Saúde e o certame finalizava com aquela contratação, conforme ACPs do MPRJ¹²⁴.

¹²³ Como se pode conferir a peça em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/01280824620208190001_INICIAL_ACP_Lei_Anticorrupao_Respiradores_2.pdf

¹²⁴ Como se pode conferir a peça em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/01450999520208190001_INICIAL_testes_distribuida.pdf. Acessando em 20 de janeiro de 2023.

A SES encaminhava o ‘e-mail’ para a empresa e em menos de uma hora a empresa apresentava sua proposta de fornecimento do produto ou serviço, com valor específico já determinado dentro do esperado. No mesmo dia que a empresa enviava a proposta, o servidor da Coordenação de Compras da Secretaria Estadual de Saúde fazia tramitar o processo para a Subsecretaria Executiva e solicitava seu encaminhamento para a Superintendência de Orçamento e Finanças, para classificação orçamentária, consignando que “apenas” uma empresa teria apresentado proposta – o que naturalmente, assim ocorreu, pois apenas uma foi contactada, conforme expresso na ACP do MPRJ¹²⁵.

Com o objetivo de atender à solicitação da Subsecretaria, a Coordenação de Compras encaminhava o Termo de Referência para as empresas do mercado, entretanto, segundo informado nos processos SEI e na ACP, apenas 01 (uma) empresa apresentava proposta¹²⁶.

E nesse fluxo detalhado nos Processos SEI, a Coordenação de Compras informava que “*devido ao grande surto esta Coordenação se antecipou e inseriu a proposta da empresa ...*”¹²⁷, ou seja, com o objetivo de acelerar o fluxo para antecipar a aprovação da contratação, a assinatura do contrato, o pagamento antecipado e a entrega do produto, era assim que procediam.

Portanto, a Coordenação de Compras encaminhava o presente processo para autorização da tramitação processual com apenas 01 (uma) proposta, justificando em vista a urgência, fruto da Pandemia. Ademais, solicitava que se enviasse o Processo administrativo SEI para a Superintendência de Orçamento e Finanças para classificação orçamentária.

Na sequência, a Subsecretaria Executiva autorizava a tramitação do processo com apenas uma (1) proposta e encaminhava para a Superintendência de Orçamentos e Finanças, sendo o Processo tramitado e a contratação lançada no SIGA, muitas vezes, no próprio dia.

¹²⁵ Como se pode conferir a peça em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/01450999520208190001_INICIAL_testes_distribuida.pdf. Acessando em 20 de janeiro de 2023.

¹²⁶ <http://www.fazenda.rj.gov.br/sei/orgaos> - Despesas com o CORONAVIRUAS - SEI_080001/007581/2020. Acessado em 01 de outubro de 2022.

¹²⁷ Como se pode conferir a peça em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/01450999520208190001_INICIAL_testes_distribuida.pdf. Acessando em 20 de janeiro de 2023.

A Lei 13.979/20, foi muito importante no momento de crise mais alarmada da Pandemia, ou seja, no primeiro semestre de 2020, pois ela estabeleceu um rito de maior celeridade para compras pela Administração Pública, tornando dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços ou insumos destinados ao combate do COVID-19. Porém a dispensa de licitação era temporária e se aplicaria apenas enquanto perdurasse a emergência de saúde pública do coronavírus. Além do mais, todas as contratações deveriam ser disponibilizadas em site oficial, com o nome do contratado, o valor e o respectivo processo de contratação, como também o ato administrativo que autorizasse a contratação, e ainda a discriminação do contrato e as atas de registro de preços.¹²⁸

Pois bem, como se está falando de período Pandêmico e disponibilidade de insumos, materiais e serviços da área de saúde, é notório que haveria ocasiões e locais com raros fornecedores, e para essas situações a legislação previu que, excepcionalmente, onde comprovadamente houver um único fornecedor, será possível a sua contratação independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de ser contratado pelo poder público, possibilidade incluída pela Lei nº 14.035, de 2020, como §3º do artigo 4º.¹²⁹

Outro ponto muito importante a se destacar nesta Lei – pois foi algo bastante questionado pelo MPRJ em suas ações contra as empresas processadas e investigadas (objeto desta pesquisa) – é o fato da obrigatoriedade na prestação de garantia para as contratações com dispensa de licitação, algo que também não era cumprido no fluxo fraudado na crise da SES e que, apesar da LEI Nº 13.979 ter facilitado a interpretação das possibilidades de dispensa de licitação, já que tornou presumíveis os entendimentos de que qualquer licitação estaria em condições de emergência ou sob o risco à segurança de pessoas e de bens públicos, tal garantia era necessária, conforme previa os §3º e 3º-A, do Art. 4º.

Logo em seguida à publicação da Lei 13.979, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, promulgou o Decreto nº. 46.991 de 24 de março de 2020. Esse decreto dispunha das regras de dispensa de licitação para a contratação de bens e serviços

¹²⁸ Lei Federal 13.979/2020. (Lei de medidas para o combate do coronavírus). § 2º Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020).

¹²⁹ Lei Federal 14.035/2020. (procedimentos para a contratação destinada ao enfrentamento do coronavírus). § 3º Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público.

destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata a Lei Federal nº. 13.979. Tal Decreto dispunha sobre regras de dispensa de licitação, ressaltando o que é de maior importância para esta pesquisa: exaltar que a estimativa de preços deverá ser obtida, sempre que possível, mediante 3 (três) fontes de referência, fato este que foi insistentemente ressaltado na investigação do Ministério Público uma vez que, nunca era cumprido pela SES.

Outro Decreto importante do Governo do Estado Rio, foi o Decreto nº. 47.051, de 29 de abril de 2020, dispondo sobre regras de licitação e/ou sua dispensa para a contratação de bens e serviços destinados ao enfrentamento do COVID-19. Esta norma basicamente determinou que os órgãos do Poder Executivo Estadual deveriam, antes de iniciar os procedimentos licitatórios ou de dispensa de licitação, consultar o Órgão Central de Logística sobre a existência de ata de registro de preços, sendo que, em caso positivo, deveriam solicitar a sua adesão. Além disso, os órgãos do Poder Executivo Estadual, poderiam realizar contratações com dispensa de licitação desde que, se comprovasse maior economicidade frente à ata de registro de preços, ficando obrigados, os órgãos licitantes, a divulgar de forma ampla o aviso de dispensa de licitação, o que também nunca era realizado pela equipe da SES, que foi processada e denunciada pelo MPRJ.

3.1.1.2. Como se dava, o procedimento de aprovação das contratações pela Secretaria Estadual de Saúde no início da Pandemia

Pois bem, o início da Pandemia – que se deu no Brasil, no primeiro trimestre de 2020, foi também a mesma época em que se iniciou as contratações denunciadas como fraudulentas, da Secretaria de Estado de Saúde.

Somente na pandemia, o fluxo de contratações na Secretaria Estadual de Saúde mudou quanto ao seu ponto de partida, ou seja, por ordem do Secretário à época, o fluxo teve os atos preparatórios, acompanhamento e gestão dos processos de contratação centralizados, geridos pela Subsecretaria Executiva, cabendo à Coordenação de Contratos, a elaboração do instrumento contratual e a devolução para a Subsecretaria Executiva finalizar o processo de contratação e pagamento; além dos atos preparatórios e do acompanhamento e gestão das contratações, a Subsecretaria Executiva passou também a acumular a função de solicitante original das necessidades de produtos e

serviços necessários para o combate à Pandemia, iniciando o procedimento com a instauração dos processos administrativos de contratação no SEI.

No meio desse fluxo, acontecia o envio do Termo de Referência para a Empresa contratada pela Coordenação de Compras, empresa essa selecionada pela Subsecretaria através de um mecanismo de “única opção”, isto é, conforme explicado pelo MP, somente uma empresa respondia aos ‘e-mails’ enviados, sendo que, essa única empresa apresentava sua proposta de fornecimento do produto ou serviço com valor específico, que era recebido pelo servidor da Coordenação de Compras da Secretaria Estadual de Saúde, que fazia tramitar o processo para a Subsecretaria Executiva e solicitava o seu encaminhamento para a Superintendência de Orçamento e Finanças – para classificação orçamentária, e por ela o contrato era fechado, conforme demonstrado nas ACPs.

Todas as solicitações tratavam de aquisições de insumos hospitalares, de equipamentos e serviços, sempre em atendimento a alguma solicitação de despacho encaminhada pela Subsecretaria Executiva da Secretaria Estadual de Saúde; nesse sentido a própria Subsecretaria Executiva autorizava a tramitação processual para as referidas aquisições.

Portanto, dentro dessas alterações de fluxo na Secretaria de Saúde, que apenas nesse período de Pandemia, o procedimento de inserção das propostas no SEI, também teve sua rotina alterada: ficou estabelecido que a Coordenação de Compras passaria a anexar as propostas das empresas, de que o fato da contratação, era exclusivamente em função da Pandemia, conforme evidenciado pelas investigações descritas nas ACPs.

Tais processos de contratação tiveram a participação de 18 empresas arroladas como principais investigadas pelo MPRJ, investigações essas que desencadearam as ações judiciais contra seus representantes legais e principalmente contra as autoridades e servidores públicos investigados.

3.1.1.3. Quantos itens e quanto foi gasto pela SES do RJ, referente as empresas investigadas pelo FTCOVID do MPRJ

Pelas Ações Cíveis Públicas, se tem o seguinte quadro de Empresas, quantidade e valores, como se pode ver abaixo, conforme informações extraídas dos seguintes

Processos Judiciais: 0094359-36.2020.8.19.0001; 0127970-77.2020.8.19.0001;
0128082-46.2020.8.19.0001; 0137779-91.2020.8.19.0001 e
0145099-95.2020.8.19.0001.

Tabela 1:

	Total empenhado	R\$ 278.018.320,00	
	Total Pago	R\$ 47.334.420,00	
	Total anulado	R\$ 109.390.000,00	
Total de itens dos contratos COVID demandados pelo MPRJ	1.121.300	Total Pago por Item	
	Ventilador pulmonar	1.300	R\$ 36.922.920,00
	Máscaras N95	150.000	R\$ 0,00
	Testes para a COVID-19	970.000	R\$ 10.411.500,00
Total de 9 Empresas processadas pelo MPRJ através das ACPs			

Ou seja, num total de nove empresas processadas, que chegaram à receber 47 milhões de reais, além de 109 milhões de reais em contratos anulados, que não chegaram à ser pagos e mais 278 milhões de reais que já estavam provisionados no empenho do Estado, para estas empresas. Destes valores, eles contemplavam mais de 1 milhão itens médicos, como se pode apurar acima.

Já pelas Portarias de investigação do MPRJ, se tem o seguinte quadro de Empresas, quantidade e valores, como se pode ver abaixo, conforme informações extraídas dos seguintes Procedimentos: N° 2020.00276901, N° 2020.00283649, N° 2020.00306587, N° 2020.00327780, N° 2020.00329384 e N° 2020.00824003.

Tabela 2:

	Total empenhado	R\$ 962.353.088,62	
	Total Pago	R\$ 338.182.001,92	
	Total anulado	R\$ 150.057.100,00	
Total de itens dos contratos COVID demandados pelo MPRJ	20.458.106	Total Pago por Item	
	Ventilador pulmonar	300	R\$ 9.900.000,00
	Medicamentos p/pacientes c/COVID-19	6.006.400	R\$ 21.031.960,96
	Máscaras N95	250.000	R\$ 287.346.016,26
	EPIs hospitalar	10.230.000	R\$ 12.964.070,70
	construir e administrar leitos de hospital	1.400	R\$ 256.532.002,84
	Gestão de SAMU	6	R\$ 27.342.467,42
	Material hospitalar descartáveis	3.000.000	R\$ 0,00
	Testes para a COVID-19	970.000	R\$ 10.411.500,00
Total de 14 Empresas investigadas pelo MPRJ através das Portarias			

(v. maiores detalhes no ANEXO

2)

Das investigações, estas ocorriam em cerca de quatorze empresas, que chegaram à receber 338 milhões de reais sendo que, 150 milhões de reais em contratos foram anulados, ou seja, que não chegaram à ser pagos, somente com o oficial das

Portarias. Destacando, que mais de 962 milhões de reais, que já estavam provisionados no empenho do Estado, para estas empresas, foram bloqueados. Destes valores, eles contemplavam mais de 20 milhões de itens médicos, como se pode apurar acima.

3.1.1.4. Da realização de Due diligence de licitantes, pela Secretaria de Saúde do RJ

A época da Pandemia do COVID-19, a Due diligence na SES do RJ não ocorria, nada era feito no tocante a mitigação de riscos nem na verificação de alertas por ocorrências negativas.

E isso foi evidenciado, com a emissão de solicitações de e-mails para a CGE.RJ - Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 10 de janeiro de 2022, sendo respondido pela Ouvidoria da CGE e pelo e-SIC.RJ (Serviço Eletrônico de Informação ao Cidadão).

Seguindo a sugestão oficial desses órgãos, a pesquisa trabalhou com o envio de tais solicitações através de requisição ao e-SIC RJ¹³⁰, sendo feito o primeiro pedido em 14 de janeiro de 2022¹³¹, isto é, utilizando formulário para resposta pelos órgãos de Transparência, com Protocolo de nº 23641, que basicamente objetivava saber se os órgãos da administração pública do Estado do RJ realizavam *Due diligence* dos licitantes e seus representantes antes da contratação, além de pedir que mencionassem se identificavam alertas de atenção ou se faziam sugestões para mitigarem eventuais riscos.

Um outro ponto, bastante importante na pesquisa e que foi fruto de solicitação ao e-SIC.RJ também, é o requerimento através do Protocolo 29289 (Anexo 2)¹³², de informações sobre a realização de *Due diligence* prévia as contratações realizadas pela Secretaria Estadual de Saúde, mas, especificamente das empresas contratadas no início do ano de 2020, com o objetivo de combater o COVID-19 e diretamente investigadas ou processadas pelo MPRJ, sendo elas 18 (dezoito) empresas.

Neste contexto, a Secretaria de Saúde do Estado do Rio, no tocante à necessidade de *Due diligence* prévio à contratação, não realizava tal prática, em meados

¹³⁰ Como é possível observar no endereço eletrônico: <http://www.esicrj.rj.gov.br/>

¹³¹ **APÊNDICE A** da presente pesquisa de dissertação de mestrado.

¹³² ANEXO 04 - e-SIC.RJ. SERVIÇO ELETRÔNICO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. Acompanhar Solicitação. Protocolo 29289.

de 2020, mas, tendo iniciado um Procedimento de BKG prévia às contratações, a partir de junho de 2022, conforme informado pela própria Secretaria.¹³³

Na avaliação exploratória da condição geral do Estado do Rio, no tocante à realização ou não da *Due diligence* prévia às contratações, verificou-se que as Secretarias de Estado, também não realizavam *Due diligence*.

O que é certo neste trabalho, é que as empresas que foram investigadas pelo MPRJ e são fruto da análise deste trabalho, não sofreram qualquer tipo de GRI ou DDI - nem BKG - por parte da Secretaria Estadual de Saúde nem de nenhum de seus órgãos responsáveis pela licitação, contratação e pagamento, de acordo com a confirmação do e-SIC da Lei de Acesso à Informação.¹³⁴

Portanto, no mesmo protocolo descrito no item anterior, em que a Secretaria de Saúde respondeu - quanto à realização de *Due diligence* ou não, ficou claro que eles a fazem, porém, apenas a partir de junho de 2022; em outras palavras, a Secretaria de Saúde não realizava a *Due diligence* prévia às contratações, no ano anterior à Pandemia, nem no ano de início da Pandemia e nem no ano seguinte; ou seja, mesmo depois das investigações, ACPs e Portarias de investigação instauradas pelo MPRJ, que evidenciou o modus operandi das contratações fraudulentas na SES, só foram tomadas medidas de análise prévia de licitantes em junho de 2022. (Anexo 1)¹³⁵:

3.2. DAS EMPRESAS INVESTIGADAS E PROCESSADAS PELO MPRJ, CARACTERÍSTICAS IDENTIFICADAS, ALÉM DO PAPEL DELAS NO FLUXO DE CONTRATAÇÃO DETALHADO NAS DE PORTARIAS E ACPs DO MPRJ

Portanto, veja-se que, de todas as 63 (sessenta e três) Portarias de investigação instauradas e das 41 (quarenta e uma) ACPs ajuizadas pelo FTCOVID, no ano de 2020, foram selecionadas para a pesquisa 6 (seis) portarias e 5 (cinco) ações, pois somente estas, são referentes a contratações de serviços de saúde, além de produtos e insumos para o combate ao COVID-19 e também, como último critério delimitador, somente elas estarem direcionadas para a Secretaria de Saúde do Governo do Estado do Rio de

¹³³ ANEXO 04 - e-SIC.RJ. SERVIÇO ELETRÔNICO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. Acompanhar Solicitação. Protocolo 29289.

¹³⁴ ANEXO 01 - e-SIC.RJ. SERVIÇO ELETRÔNICO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. Acompanhar Solicitação. Protocolo 29524.

¹³⁵

Janeiro, local este, onde ocorreram as prisões do Secretário de Saúde, seu subsecretário e demais servidores nomeados por eles.

Deste total de 6 Portarias, se identificou que o MP estava investigando 14 (quatorze) Empresas e do total das 5 ACPs, se identificou o total de 9 Empresas processadas pelo MPRJ.

3.3. ANÁLISE DAS INVESTIGAÇÕES DO MP, REFERENTE AS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELA SES DO RJ NO ANO DE 2020, PARA O COMBATE AO COVID19

Neste tópico, conclui-se a análise e relato das medidas tomadas, principalmente, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pois bem, todo o processo investigativo, foi estabelecido sob a base legal da resolução GPGJ 2.335/2020¹³⁶, que criou uma Força-Tarefa de Fiscalização de Enfrentamento à Covid-19 (FTCOVID/MPRJ)¹³⁷. A resolução leva em apreço os gastos pelos Governos Estaduais e Municipais contra o Covid, além, claro, do acompanhamento das demais ações do Estado e dos Municípios.

Dentre os objetivos do MPRJ estava o de apresentar um planejamento estratégico para enfrentar a Covid-19, de prestar suporte para o exame preventivo de licitações e contratos relacionados ao combate ao Covid-19.¹³⁸

Neste sentido, o MPRJ realizou um complexo trabalho na fiscalização, como já foi possível observar dentre a todas as referências às ACPs e Portarias, inseridas na pesquisa, para explicar os diversos processos e fluxos de operação da Secretária de Saúde, de forma a também atuar diretamente contra o Coronavírus.

Portanto, foi através das medidas adotadas pelo MPRJ, iniciando com as PORTARIAS DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO e de INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO¹³⁹, além das AÇÕES CIVIS PÚBLICAS¹⁴⁰, que todo o planejamento inicial de tornou prático e objetivo.

¹³⁶ Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1350715/resolucao_2335.pdf. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹³⁷ FTCOVID-19/MPRJ. Boletim informativo da Força Tarefa de atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento a COVID-19. Por Ato do Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, mediante edição da Resolução GPGJ n.º 2.335 de 07/04/2020.

¹³⁸ Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/coronavirus-covid-19/forca-tarefa>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹³⁹ Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/coronavirus-covid-19/portarias>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/coronavirus-covid-19/acp>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

Inicialmente, através das Portarias de Instauração de Inquérito e de Procedimento Administrativo do MPRJ, onde estas são fundamentadas pelos artigos 127, caput, e 129, inciso III, da CRFB; artigo 25, inciso IV, da Lei nº 8.625/93; art. 34, inciso VI, da Lei Complementar Estadual do RJ nº 106/03¹⁴¹; com fulcro no artigo 8º e seguintes da Lei Federal da Ação Civil Pública nº 7.347/85, além das Resoluções do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ nº 1.769/12¹⁴² (alterada pela 2.227/18¹⁴³) e 2.021/15¹⁴⁴ (alterada pela 2.401/21¹⁴⁵).

Como já dito anteriormente, das 63 (sessenta e três) Portarias instauradas, 6 (seis) Portarias investigam contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, que tratam de supostos superfaturamentos em contratos emergenciais, com dispensa de licitação, segundo o MP, sem transparência, com sobrepreços, com gastos acima da média, contratações com ausência de pesquisas de preço, fraudes como a de contratações de empresas com o objeto social estranho ao objeto do contrato e cartel de empresas contratadas que combinavam a vês em que cada uma ganharia.

Destaca-se, que todas as contratações firmadas e descritas nessa apuração, ocorreram entre as Secretarias de Governo do Estado do Rio de Janeiro e empresas do mercado, sendo uma com o Município de Carmo e outra com o de Duque de Caxias. Todas essas contratações, tinham o intuito de atender as demandas proveniente da propagação pandêmica do COVID-19, no decorrer do ano de 2020.

Pois bem, destas Portarias instauradas, todas elas objetivavam desenvolver uma análise e investigação da possibilidade de danos ao erário público, possivelmente por má gestão ou corrupção, por possível má fé dos empresários e das respectivas autoridades Públicas.

Neste sentido, é possível observar através da pesquisa nas Portarias do MPRJ, no âmbito de contratações pela SES do RJ que, se identifica 3 (três) autoridades/chefias do alto escalão, já com relação as empresas que tiveram suas condutas apuradas, pela possibilidade de participação em eventual esquema de fraude, somam-se 15 (quinze).

¹⁴¹ Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/01017f90ba503d61032564fe0066ea5b/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹⁴² Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2156719/consolidado_1769.pdf. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹⁴³ Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2156695/consolidado_2227.pdf. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹⁴⁴ Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/425270/05.01.2016.pdf>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

¹⁴⁵ Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2137787/consolidado_2401.pdf. Acessado em 04 de outubro de 2022.

No tocante as Ações Civil Públicas ajuizadas pelo MPRJ, vale esclarecer que, tais Ações seguem a base legal dos artigos 127, caput, e 129, inciso III, da CRFB; artigo 25, inciso IV, “a”, da Lei nº 8.625/93; art. 34, inciso VI, da Lei Complementar Estadual do RJ nº 106/03¹⁴⁶; com fulcro no artigo 1º, IV e seguintes da Lei Federal da Ação Civil Pública nº 7.347/85, do artigo 81, parágrafo único, I, II e III c/c artigo 82, I, da Lei 8.078/90, além da Lei 8.429/92 que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude de atos de improbidade.

Como também já dito no tópico anterior, das 41 (quarenta e uma) ações ajuizadas pelo MPRJ, apenas 6 (seis) são justamente as que interessam para essa Dissertação, ou seja, são as que foram direcionadas contra a conduta e contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e são referentes as investigações de irregularidades e desvios em licitações, na compra e contratação de produtos e serviços, para atender as demandas proveniente da propagação pandêmica do COVID-19, no decorrer do ano de 2020.

Pois bem, destas Ações ajuizadas, todas elas objetivavam a condenação dos Réus por atos lesivos a Administração Pública, a aplicado de multas, perdimento de bens, suspensão de suas atividades e dissolução das respectivas sociedade empresarias, além de terem que reparar ao erário público integralmente os danos causados, já para as respectivas autoridades públicas, que assim ocupavam cargos à época das contratações, se objetiva a condenação por ato de improbidade, com a respectiva perda de seus bens pessoais, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil.

As ACPs do MPRJ, que processaram as autoridades Públicas e os fornecedores, como dito acima, somam num total de 4 (quatro), dentre autoridades/chefias do alto escalão da SES, já com relação as empresas, somam-se 10 (dez), em que na investigação do MP, tiveram sua participação atrelada ao processo fraudulento e por isso também foram processadas.

Portanto, se faz possível concluir, que o processos investigativos do MP não só denunciaram crimes, ações de improbidade e processou condutas irregulares, principalmente como fraudes, mas, também desvendaram uma falha aparente e pouco

¹⁴⁶

Disponível

em:

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/01017f90ba503d61032564fe0066ea5b/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>. Acessado em 04 de outubro de 2022.

evidenciada pela Administração Pública, ou seja, a falta de ferramentas de controle interno e gestão de riscos, escancarou a fragilidade dos controles da gestão pública estadual do Rio.

4. A APLICABILIDADE DA *DUE DILIGENCE* PRÉVIA ÀS CONTRATAÇÕES DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ERJ PARA O COVID-19, INVESTIGADAS PELO MPRJ

Pois bem, chega-se ao capítulo mais importante desta pesquisa, pois será onde se apresenta o resultado prático da aplicação do modelo de Due diligence idealizado.

Neste capítulo, será possível avaliar a metodologia de análise comparativa da aplicabilidade da due diligence sob contratações da secretária de saúde. Além também, da simulação de Due diligence de empresas contratadas pela SES. E ao final, se demonstrará atualizada a situação atual e andamento das ACPs distribuídas pelo MP. Como por último, a demonstração prática da aplicação do modelo de due diligence apresentado nesta pesquisa.

4.1. DO MÉTODO E DA ANÁLISE COMPARATIVA DA APLICABILIDADE DA *DUE DILIGENCE* SOB CONTRATAÇÕES DA SECRETÁRIA DE SAÚDE DO RJ, INVESTIGADAS PELO MPRJ

Ora, a pesquisa em seu plano inicial, buscava comparar a quantidade de *Due diligence* realizada pela Secretaria Estadual de Saúde, contra a quantidade de proposições interpostas pelo MPRJ, para identificar, na medida que se inicia ou se intensifica a realização de *Due diligence*, se a quantidade de proposições judiciais também diminuiria ou aumentaria.

No entanto, para a surpresa da pesquisa, já que o Programa de Integridade do RJ já vinha sendo normatizado pela CGE e o Estado desde maio de 2019, se quer um Programa de Integridade implantado os órgãos do Governo do Estado do Rio possuem, tanto que a Resolução CGE 124/2022, publicada em fevereiro de 2022, ainda fornecia 180 dias para os órgãos se adequarem, porém, em 18/11/2022, a CGE publicou nova Resolução, a 172/22, prorrogando mais uma vez esse prazo de implantação do Programa de Integridade, o dilatando para 04/06/2023. Apenas uma ressalva, a

Secretaria Estadual de Saúde, deu start a implantação ao seu Programa de Integridade somente em 11/01/2022, através do seu Regimento Interno.¹⁴⁷

Apenas para sinalizar, quanto ao suficiente arcabouço normativo para implantação do Programa de Integridade nos órgão do Estado do Rio, vale mencionar a Resolução 14/2019, reforçada pela 30/2019 de julho do mesmo ano, não podendo deixar de destacar o próprio Decreto do Governador, de número 46.745/19 e em seguida a Resolução 68/2019 de 16/11/2019, sobre o grupo de trabalho para o Programa de Integridade, ou seja, desde o início do ano de 2019 já existia uma vasta estrutura normativa para a implementação de Programa de Integridade no Estado, por este motivo, também, que pensou-se: - com certeza um dos Pilares principais do Programa, a *Due diligence*, já estará em pleno funcionamento, mas não, para surpresa da pesquisa, como demonstrado por toda a pesquisa, ainda não.

Portanto, o marco teórico do Programa de Integridade do Estado do Rio, é bem anterior a Pandemia e mesmo assim, conforme informado pelo e-SIC do RJ, no tocante à época dos contratos que originaram as investigações do MPRJ, fruto deste trabalho, nenhum deles tinha passado por *Due diligence*/ devida diligência, muito menos, nenhum outro contrato assinado pelo Governo do Estado, também neste período do primeiro semestre de 2020.

4.2. A REALIZAÇÃO DE DUE DILIGENCE DAS EMPRESAS CONTRATADAS PELA SES DO RJ, A ÉPOCA DO COVID-19 E QUE FORAM INVESTIGADAS PELO MPRJ

Como já informado em tópicos anteriores, foi realizada solicitação através da lei de acesso à informação para a Secretaria estadual de saúde com pedido direcionado as empresas investigadas pelo MPRJ, conforme já foi mencionado em tópico anterior, no entanto, nessa solicitação específica, que se verifica as referidas empresas, a pergunta foi: passaram por *Due diligence* prévia as respectivas contratações, especificamente entre janeiro e julho de 2020? Ademais, se passaram por *Due diligence*, quais foram os riscos identificados e se foram identificados riscos quais as ações de mitigação foram sugeridas? Isto é, tendo sido sugerido alguma ação de mitigação de risco, informar se tais foram aplicadas pelo órgão executor do contrato, ademais, se as

¹⁴⁷ Padrão Regimento interno SES/RJ.
<https://www.Saúde.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?CP=47593>

empresas listadas não passaram por *Due diligence* prévia às suas contratações, se foi solicitado à Secretaria Estadual de Saúde que também sinalizasse e que, caso nenhuma das empresas tivessem passado por *Due diligence* ou se somente algumas, detalhar como isso se deu.

Pois bem, a Secretaria Estadual de Saúde respondeu que não fez, como já informado diversas vezes acima, principalmente nas empresas investigadas e processadas.

Logo, fica definido que, nenhuma das contratações investigadas pelo MPRJ passaram por avaliação para classificação de Grau de Risco de Integridade ou por *Due diligence* de Integridade, previamente às suas contratações, ação esta que não foi realizada por nenhuma das fases, sequer o simples processo de habilitação previsto na Lei. Obviamente, pelas fases na qual passaram tais processos de contratação, pelos servidores que foram denunciados e presos, a má-fé é a principal evidência de justificativa para sua condutas denunciadas.

4.3. SITUAÇÃO ATUAL E ANDAMENTO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DISTRIBUÍDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E REFERENCIADAS NESTA PESQUISA

Antes de iniciar este tópico, é muito importante ressaltar, que não é propósito desta pesquisa, debater quanto a cognição sumaria das liminares e tutelas proferidas nessas APCs, muito menos discutir eventuais razões de recursos impetrados, como suas conclusões e decisões, pois tal status e andamento judicial faz parte apenas do posicionamento atual das demandas judiciais e que foram originadas, fruto das investigações do Ministério Público, essas sim, muito importante para esta pesquisa e primordial para a demonstração dos resultados do Modelo de *Due diligence*.

Pois bem, como se pode aferir abaixo, junto das tabelas postas, foi possível detalhar as demandas judiciais, com um certo nível de organização para facilitar a compreensão dos atores do tema e o seu estado atual, no entanto, como já explicado no parágrafo acima, o objetivo da pesquisa não se afunda na ideia de que apurar tais andamentos, sejam essenciais para o desenvolvimento deste trabalho uma vez que, as informações relevantes para a pesquisa, como também já mencionado, já foram produzidas no processo investigativo e transcrito na cognição sumária das APCs, ou

seja, dos pronunciamentos provisórios, como as decisões liminares e/ou que decidem tutelas provisórias com base em juízo de probabilidade ¹⁴⁸, ocorreram logo no início e é lá que estão os principais subsídios e evidências do que foi investigado e descoberto pelo MP como prova de fraude e corrupção, tendo sido todos os pedidos de liminares, concedidas.

Tabela 5:

Ações Cíveis Públicas	Data	Assunto	Empresa Investigado	Produto em negociação	Valores negociados	Pago	Andamento do Processo
0094359-36.2020.8.19.0001 (Apensado(s)) 0102896-21.2020.8.19.0001 0127970-77.2020.8.19.0001 0128082-46.2020.8.19.0001	25 de junho de 2020	MPRJ ajuíza ação civil pública para apurar possíveis irregularidades nas licitações de aquisição de respiradores - ERJ. – (Ato de Improbidade Administrativa)	2ª Empresa investigada	Respiradores	R\$ 309.690.000,00	R\$ 36.922.920,00	16/12/22 – Em fase de intimações e notificações, sem sentença. 21/06/2021 – MPRJ aditou a inicial conversão da ACP em ato de improbidade administrativa 22/05/20 - determino a quebra do sigilo bancário. Decreto o SEGREDO de justiça no presente processo. 13/05/20 - DEFIRO EM PARTE sequestro de todos os bens, o bloqueio das contas bancárias, restando indeferida a quebra do sigilo
			4ª Empresa investigada				
			5ª Empresa investigada				
			1ª Empresa investigada				
			3ª Empresa investigada				
0127970-77.2020.8.19.0001 (Apensado(s)) 0127760-26.2020.8.19.0001 0127828-73.2020.8.19.0001 Processo Principal 0094359-36.2020.8.19.0001	26 de junho de 2020	MPRJ ajuíza ação civil pública para apurar possíveis irregularidades nas licitações de aquisição de respiradores - ERJ.	1ª Empresa investigada	Respiradores	R\$ 126.102.000,00	-	18/01/2023 - apensei a estes autos aos processos n.º.: 0094359..., 0127760... e 0127828. Após, autos deverão ir à conclusão para MP aprecie. Jul e set/2022 – certificado que todas as partes foram intimadas e contestaram
			2ª Empresa investigada				
			4ª Empresa investigada				
			5ª Empresa investigada				
			3ª Empresa investigada				
Ações Cíveis Públicas	Data	Assunto	Empresa Investigado	Produto em negociação	Valores negociados	Pago	Andamento do Processo
0128082-46.2020.8.19.0001 (Processo Principal 0094359-36.2020.8.19.0001) Processo no TJ 0085771-72.2022.8.19.0000	26 de junho de 2020	MPRJ ajuíza ação civil pública para apurar possíveis irregularidades nas licitações de aquisição de respiradores - ERJ.	1ª Empresa investigada	Respiradores	R\$ 126.102.000,00	-	06/01/2023 – juntada de contrarrazões 08/11/2022 – negado tutela antecipada do Agravo 04/11/2022 – interposto Agravo 07/02/2022 - certificado que anotei o Segredo Justiça. 10/09/2020 – Concedida Medida Liminar solicitada pelo MPRJ 25/08/2020 – apensar este autos ao processo 0094359-36.2020.8.19.0000
			2ª Empresa investigada				
			4ª Empresa investigada				
			5ª Empresa investigada				
			3ª Empresa investigada				
0137779-91.2020.8.19.0001 Processo no TJ 0075713-44.2021.8.19.0000	13 de julho de 2020	MPRJ ajuíza ação para investigar ato de improbidade administrativa e pedir nulidade contratual na aquisição de EPIs pelo ERJ	17ª Empresa investigada	Mascará N95	R\$ 2.850.000,00	R\$ -	23/11/22 - Intimem-se os apelados para apresentarem contrarrazões. 26/09/22 – embargos, nego provimento o Estado embargante 18/07/22 – SENTENÇA - extingui s/resolução de mérito, relação ao processo SEI-080001/007067/2020 e do Contrato n. 23/20. Quanto ao restante REVOGO A TUTELA PROVISÓRIA ANTERIORMENTE CONCEDIDA e extingui o processo c/resolução de mérito, JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS do MPRJ 07/04/2022 - Por Unanimidade Decisão, Conhecido Agravo e Provido 25/10/2021 – Agte. Ex-Secr.de Saúde, Negado efeito suspensivo

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 19. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p.504.

							01/12/2020 – Secretaria Estadual de Saúde comunicou o cancelamento do empenho e do contrato 16/07/2020 - CONCEDO A TUTELA PROVISÓRIA para suspender o empenho e determinar o ERJ se abstenha de realizar novos empenhos, liquidações ou pagamentos
0145099-95.2020. 8.19.0001 (Processo Apensado 0147088-39.2020. 8.19.0001) Processo no TJ 0055567-16.2020. 8.19.0000 0057982-69.2020. 8.19.0000 0058842-70.2020. 8.19.0000 0003110-70.2021. 8.19.0000	23 de julho de 2020	MPRJ ajuíza ação para investigar ato de improbidade administrativa e pedir nulidade contratual na aquisição de testes rápidos para detecção de coronavírus pelo ERJ	18ª Empresa investigada 15ª Empresa investigada 11ª Empresa investigada 12ª Empresa investigada	testes rápidos	R\$ 129.655.000,00	R\$ 10.411.500,00	14/11/2022 - Digam as partes, quais provas pretendem produzir. 26/07/2022 – Agte. 15ª Empresa investigada, negado por unanimidade 27/06/2022 – Deferido a admissão do ERJ como assistente do MPRJ 22/06/2022 - o réu ex-Sec.de Saúde não foi citado, no entanto, apresentou contestação, o réu ERJ foi citado, mas, não contestou, Todos os demais réus foram citados e apresentaram contestação 19/11/2021 – Decisão de agravo, trânsito em julgado dos acórdãos 10/08/2021 – Agte. 11ª Empresa investigada e Agte. 18ª Empresa investigada, negado por unanimidade 08/07/2021 – Agte. Ex-secretário de Saúde negado por unanimidade 28/05/2021 - o agravo 0003110, fora proferida decisão de não concessão de efeito suspensivo 18/12/20 - Agravos não houve a concessão de efeito suspensivo e, também, não transitaram em julgado. 28/07/2020 – concedida tutela antecipada

Como se pode observar acima, todas as ações interpostas pelo MP possuem sua continuidade sem qualquer alteração desde o seu início, ou seja, quando foram deferidas as buscas e apreensões, os bloqueios de bens, as penhoras e tudo mais, a não ser a ação judicial para compra de máscaras N95, no valor de 2,8 milhões, que já obteve sentença, indeferindo o pedido do MP e sentenciando o caso com julgamento do mérito. Neste caso, segundo o juízo de primeira instância, não existe especificação dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, ao mesmo tempo, segundo a sentença, os atos cometidos pelos agentes endereçados, poderiam ter se dado na possibilidade de acharem que suas condutas não eram proibidas e por isso a cometeram, sendo está a única ACP com sentença.

4.4. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DA APLICAÇÃO DO MODELO DE *DUE DILIGENCE* APRESENTADO NO ITEM 2.6.

Os casos aqui descritos, de ações instauradas pelo MPRJ, são justamente para verificar se os subsídios dessas ações já apareceriam como *Alertas de risco/ Red Flags* identificados no modelo de Due diligence, sendo este justamente o teste de hipótese a ser feito.

E para demonstrar de forma prática tal assertividade, aplica-se a *Due diligence* aos contratos da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, para o combate ao COVID19 investigados pelo MPRJ, para tanto se verificará se a pesquisa trará similaridades nos *red flags* (alertas) detectados, como as evidências e subsídios apurados nas investigações, por irregularidades, fraudes e corrupção.

Vale ressaltar, que a implementação de um processo de *Due diligence* não trata de simplesmente negar ou proibir a contratação de um fornecedor em função dos resultados apurados na pesquisa sobre ele, mas, a de fazer a gestão de riscos, previamente à contratação, justamente auxiliando a Administração Pública a prever medidas mitigatórias, quanto a possíveis ocorrências prejudiciais, no decorrer do contrato ou antes dele ser firmado. Tal afirmativa, além de ser a visão do autor, também é o conceito descrito ao tema, pelos doutrinadores e fontes deste trabalho.

Caberá ao responsável pelo controle interno do órgão público, apresentar a demandante da contratação, os riscos de seguir em frente mesmo com os alertas apontados além de que, caso o órgão decida seguir com a contratação, mesmo após lhe evidenciado tais riscos, também será de responsabilidade do controle interno, sugerir medidas de controle contratual e operacional, que mitiguem, atenuem ou eliminem os riscos identificados. Também caberá ao controle interno ou UGI (Unidade de Gestão de Integridade), apresentar aos responsáveis da demanda pela contratação, de que estes devem adotar as medidas para a mitigação dos riscos.

Então, sem mais delongas, iniciasse a *Due diligence* e a detecção dos Alertas, veja:

Quadro 2:

Empresa	Ministério Público	Due diligence	Risco	Justificativa
1ª Empresa investigada	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 22.682.915/0001-67	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 22.682.915/0001-67	Baixo	Sem alertas
	com sede à Rua Do xxxxx, xxx, Sala xxxx – Centro da Cidade, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP xxxxx-005.	com sede à Rua Do xxxxx, xxx, Sala xxxx – Centro da Cidade, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP xxxxx-005.	Baixo	Sem alertas
	Objeto da contratação - para a venda de respiradores (ventiladores) destinados ao tratamento de pacientes com COVID-19.	Objeto da contratação - para a venda de respiradores (ventiladores) destinados ao tratamento de pacientes com COVID-19.	Baixo	Sem alertas
	Objeto social - Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática.	Objeto social - Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática.	Médi o	O objeto social da empresa é diferente ao objeto da contratação, caso a empresa consiga incluir em seu objeto social CNAE que o enquadre na contratação objeto da licitação o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Capital Social - o valor é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Correspondendo a 0,034% do total da contratação (R\$ 59.400 milhões).	Capital Social - o valor é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Correspondendo a 0,034% do total da contratação (R\$ 59.400 milhões).	Médi o	O capital social da empresa é insuficiente para oferecer garantias e responsabilizações ao contrato, caso a empresa consiga elevar e comprovar seu capital social ou condicionar a contratação a emissão de carta fiança, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Sistema de tributação - Simples nacional - Não Optante Siméi. Contribuinte optante do Simples Nacional desde 01/01/2020. Em regra, documentos fiscais emitidos não geram crédito de ICMS.	Médi o	O Simples Nacional é p/Empresas que faturam até 3,6 Mi por ano, como o contrato é de 56 Mi, ela está irregular, caso a empresa consiga comprovar a alteração do seu Sistema de tributação o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Regularidade Fiscal - não consta documentação capaz de comprovar a situação regular fiscal junto à Fazenda Municipal. “Não é possível emitir a certidão. A empresa está inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do RJ ou possui alguma inscrição estadual baixada com pendências.”	Médi o	A empresa precisa apresentar certidão fiscal negativa de débito ou positiva com efeitos negativos da receita fiscal municipal, estadual e federal, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade juntos as receitas, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Registro de habilitação - ausência de registro na ANVISA.	Registro de habilitação - ausência de registro na ANVISA.	Médi o	A empresa precisa apresentar registro válido e ativo, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade junto a ANVISA, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
Endereço de registro da sociedade - A sócia MEL, ao ingressar na sociedade, apontou como endereço residencial o apt. 1001 da Rua do Senado 311, o mesmo que AURINO indicou quando veio a substituí-la na sociedade e sendo o mesmo endereço da sede da 1ª Empresa investigada .	Verificado o endereço no google maps, com referência de 2019, aparentemente é um prédio multifamiliar, residencial, aparentando ser de classe média	Médi o	A empresa deve apresentar um endereço comercial válido, com a devida alteração em seu contrato social e cartão de CNPJ, em de acordo com a Legislação, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO	

	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	<ul style="list-style-type: none"> • Análise reputacional da empresa em mídias - Não foi encontrado alertas na internet, antes de 2020 • Análise reputacional da empresa em demandas - Não foram encontrados processos judiciais contra, antes de 2020 • Análise reputacional dos sócios em mídias - Não foi encontrado alertas na internet, antes de 2020 • Análise reputacional dos sócios em demandas - foram encontradas 4 ações judiciais criminais contra o sócio, porém, apenas uma foi antes de 2020, sendo esse referente a um homicídio culposo em acidente de trânsito (Número do processo (CNJ) 0319354-23.2006.8.19.0001). 	Baixo	Sem alertas
Empresa	Ministério Público	Due diligence	Risco	Justificativa
13ª Empresa investigada	peessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 09.652.823/0001-76,	peessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 09.652.823/0001-76,	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	com sede à LOGRADOURO AL xxxx, NÚMERO xxx, CEP 01.xxx-000, BAIRRO/DISTRITO CERQUEIRA CESAR, MUNICÍPIO SAO PAULO e UF SP	Baixo	Sem alertas
	Objeto da contratação - construir e administrar 1400 leitos em 7 hospitais de campanha.	Objeto da contratação - construir e administrar 1400 leitos em 7 hospitais de campanha.	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Objeto social - Atividades de atendimento em pronto-socorro e unidades hospitalares para atendimento a urgências	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Capital Social – Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal	Baixo	Sem alertas
	Sistema de tributação - Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal (referência com a mesma nota de rodapé acima).	Sistema de tributação -identificados no site da Receita Federal, sem obs.	Baixo	Sem alertas
	Regularidade Fiscal - Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal (referência com a mesma nota de rodapé acima).	Regularidade Fiscal - identificados no site da fazenda do estado em que a organização é sediada. Identificado 3,9 Bi em dívidas fiscais	Médi o	A empresa precisa apresentar certidão fiscal negativa de débito ou positiva com efeitos negativos, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade juntos as receitas e órgão fiscais, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Registro de habilitação - Não informado nas Portarias e na consulta à ANVISA não foi encontrado resultados[78].	Médi o	A empresa precisa apresente registro valido e ativo, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade junto a ANVISA, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Endereço de registro da sociedade – Não informado nas Portarias.	Endereço identificado, valido e conferindo	Baixo	Sem alertas
Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	<ul style="list-style-type: none"> • Análise reputacional da empresa em mídias - Foram encontrados Alertas na internet, antes de 2020. Detectadas diversas reportagens questionando a idoneidade da empresa, com diversas palavras-chave como: corrupção, lavagem de dinheiro e etc. • Análise reputacional da empresa em demandas - foi encontrado processos judiciais contra, antes de 2020. • Análise reputacional dos sócios em mídias - Não foi encontrado Alertas na internet, antes de 2020 • Análise reputacional dos sócios em demandas -Não foi encontrado processos judiciais contra, antes de 2020 	Alto	A empresa deve ser notificada para apresentar esclarecimentos no tocante as reportagens identificadas na pesquisa reputacional e respectivo processo administrativo ou judicial que fundamenta as mídias detectadas com palavras chaves como corrupção e fraude associada à sua razão social. Caso a empresa consiga demonstrar sua idoneidade em sua contranotificação, o risco deste Alerta muda para Médio, caso ela não consiga o risco se mantém ALTO	

Pois bem, o retrato acima é de uma mostra, em um formato macro e dinâmico, para esta pesquisa, quanto aos Alertas que foram identificados pelo MPRJ e foram retratados em suas respectivas ACPs, isso comparado aos alertas iniciais, nos mesmos padrões da pesquisa do MPRJ, detectados por um processo de apuração e análise em *Due diligence*.

Logo, todos os Alertas identificados na investigação do MPRJ, como demonstrado na mostra acima, em formato de *red flags*, já apareceriam como ALERTAS na *Due diligence*, com a exceção daqueles indícios que só se foi possível identificar através de investigação Policial e buscas ou Interceptações, no entanto, toda a análise através de dados Públicos, que poderiam demonstrar que essas empresas representariam riscos de contratações, já era possível de ter sido identificado previamente pela Secretaria Estadual de Saúde, casos estes realizassem *Due diligence* à época.

Portanto, a conclusão que se pode aferir é de que, o teste de hipótese “b)” principalmente, foi respondido, pois se a *Due diligence* tivesse sido aplicada pela Secretaria Estadual de Saúde, perante as 18 empresa relacionadas nesta pesquisa, processadas e investigadas pelo MPRJ, a DD teria impedido ou criado muitas dificuldades para que tais contratos investigados, tivessem se perpetuado ou se quer tais Empresas teriam participado de qualquer concorrência.

Sendo assim, no escopo dessa metodologia, a pesquisa esteve inserida na realidade estudada, onde os dados foram coletados sem controle sobre as variáveis. Apesar do estudo ter demonstrado uma pesquisa bibliográfica sobre a *Due diligence*, com as fontes que levantaram a teoria experimentada para prosseguir com o estudo, somente as variáveis dependentes e independentes é que vão poder auxiliar nas respostas de conclusão quanto ao exame da investigação efetivada. Vale observar, que dentro do projeto foram especificadas as amostras, ou seja, as denúncias, ACPs, Portarias do MP e as contratações da SESs, as formas de registro (questionários – Apêndice A), além da análise dos dados demonstrado em tópicos anteriores.

Por todo o exposto, é que se define abaixo as perguntas e respostas como variáveis dependentes, diretamente ligadas a variável independente, que neste estudo, foi a “*Secretaria Estadual de Saúde não realiza Due diligence de nenhuma das suas licitações, licitantes ou contratações*”.

Quadro 3:

Variável Independente	Variável Dependente
<p>1</p> <p>A Secretaria Estadual de Saúde não realiza <i>Due diligence</i> de nenhuma das suas licitações, licitantes ou contratações</p>	<p>1-a) Evidenciasse que a não implantação de um Programa de Integridade na Secretaria Estadual de Saúde /RJ, foi decisiva para a crise na Saúde do Estado Rio no início do ano de 2020?</p> <p>Sim, pois o Programa de Integridade tem o condão de criar a cultura de integridade em todos os integrantes do órgão e de acordo com o estudo apresentado, a capacitação dos servidores, em Compliance Público, faz diminuir a probabilidade de ocorrências de denúncias por corrupção dos servidores. Neste sentido, com base nas pesquisas realizadas, ficou subsidiado, que diversos servidores identificaram rotinas desprocedimentadas, estavam ocorrendo na SES, porém, validaram o processo de contratação, pois não havia uma governança nem padrões a serem seguidos.</p> <p>1-b) Evidenciasse que a não realização da <i>Due diligence</i> pela Secretaria Estadual de Saúde, foi decisiva para a crise na Secretaria no início do ano de 2020?</p> <p>Sim, pois a Secretaria Estadual de Saúde não possuía Governança de Integridade, isto é, não possuía Programa de Integridade, contudo, suas regras de contratação poderiam ser alteradas livremente, sem a necessidade de seguir qualquer padrão ou referência. Ficando claro que a falta de gestão de riscos e controle preventivo, principalmente a de medidas de verificação de alertas, mudaria tal cenário de prévia análise e verificação dos licitantes. A verificação de riscos no momento da licitação ou antes da contratação, teriam criado alertas para a Administração Pública, que mesmo com as denúncias de condutas dolosas de eventuais autoridades, a comunicação e a transparência destes alertas, criariam inibições por parte dos administradores, que necessitariam realizar aprovações de contratações com tais riscos.</p>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa se alvitrou avaliar aspectos jurídicos e empíricos da realização da Due diligence pelos órgãos da Administração Pública e a forma em que este tipo de controle Interno pode figurar como ferramenta de Política Pública Anticorrupção.

Os métodos e modelos anticorrupção atuantes perante a Administração Pública, possuem um forte condão nas ações ostensivas, no entanto, são muito deficientes nos métodos preventivos. Por isso, é necessário repensar formas de atuação do controle interno na Administração Pública.

Sendo por isso, que o tema do trabalho foi delimitado para um modelo de gestão de riscos e controle preventivo, no âmbito da licitação pública, dentro dos Programas de controle interno na Administração Pública, como os Programas Públicos de Integridade. Sendo assim, no desenvolvimento da pesquisa, objetivou-se demonstrar que tais mecanismos devem passar a fazer parte de um modelo de Política Pública Anticorrupção, na licitação pública, prévia à contratação.

Portanto, o desafio da pesquisa foi o de investigar as contratações para o combate ao COVID19, realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e que foram investigadas e processadas pelo Ministério Público.

Porém, como ficou demonstrado, as contratações realizadas pela Secretaria Estadual de Saúde não passaram pelo procedimento de Due diligence, nem qualquer outro procedimento de habilitação, justamente em função da Lei 13.979, promulgada no início da Pandemia e que foi deturpada por algumas administrações, com o objetivo de fraudar as licitações. E isso, acabou fazendo, com que as comparações efetivadas na pesquisa fossem realizadas por hipóteses.

Pois bem, além do Rio de Janeiro, a pesquisa consultou os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Espírito Santo, sendo que, apenas Minas Gerais e o Espírito Santo confirmaram realizar a Due diligence, já a Secretaria de Saúde do RIO, informou que passou a realizar um Background check dos fornecedores, desde junho de 2022 até hoje. Neste contexto, o Estado de Espírito Santo forneceu dados quantitativos de Due diligences realizadas nos anos de 2019 à 2021 e São Paulo disse que não faz, mas, pretende passar à fazer assim que a Nova Lei de Licitação e Contratos for regulamentada. Todos menos o Estado do Rio de Janeiro confirmou solicitarem autodeclarações como a de conflito de interesses para os licitantes. Nenhum Estado forneceu dados quanto a medidas mitigatórias frente aos alertas que são identificados. O Estado do Espírito Santo e a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, declararam juntar nos processos de contratação os alertas identificados no processo de Due diligence que realizam. E apenas o Estado do Espírito Santo forneceu dados quanto ao número de licitantes que deixaram de ser contratados fruto da análise de Due diligence.

Sendo assim, após os resultados da pesquisa acima, se deu o aprofundamento nas análises das Ações Civis Públicas e Portarias de investigação instauradas pelo Ministério Público, pois a partir delas é que foi possível identificar o modus operandi dos denunciados. Neste sentido, identificou-se que as contratações emergenciais, realizadas pela Secretaria de Saúde, para o combate ao covid-19, foram referentes a contratos que tinham gerado o empenho de 278 milhões de reais, destes, o Ministério Público conseguiu anular 109 milhões do seu pagamento, no entanto, 47 milhões já tinham sido pagos e estão sendo discutidos.

Também foi cerne da pesquisa e ponto bastante relevante, a demonstração de que, no processo licitatório de qualquer Administração Pública, a tomada de decisões como: deixar de contratar, rescindir contratações, impedir a participação de licitantes ou impor medidas preventivas, em função do resultado da aplicação da Due diligence, está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

E para exemplificar os pontos com relação aos princípios, vale comentar que tanto a Doutrina quanto a jurisprudência, como já dito acima, mencionam a Petrobrás como ápice destes debates, pois ela foi inovadora e precursora neste procedimento de Due diligence, principalmente após a Lava Jato uma vez que, como demonstrado na

pesquisa, a doutrina está debatendo o tema ainda com estranheza, não tendo ainda se quer o Tribunal de Contas da União se manifestado de forma clara e diretamente sobre a *Due diligence*.

No tocante a jurisprudência debatida no trabalho, que inclusive têm decidido e conduzido os conflitos oriundos da *Due diligence* em seu favor, se pode evidenciar, que o judiciário tem deliberado de forma aderente à Administração, rogando que tais medidas são preventivas e benéficas para a sociedade e, portanto, validas.

Em observação doutrinária, verifica-se que ela tem escrito sobre a viabilidade da *Due dilhaigence* previamente à contratação na Administração Pública, porém, na abordagem da controvérsia jurídica, os debates doutrinários atuais, discutem sobre as vertentes contratuais aos seus impactos de impedimento ou limitações em contratar. Dentro deste debate, alguns discursos sustentam que quando o resultado da *Due diligence* impede ou limita a participação de licitantes em processos licitatórios, ele está impedindo a devida concorrência e o livre mercado, diferente dos que defendem o seu resultado, alegando que se cria o mesmo impacto.

E só para marcar o ponto que se debateu e pesquisou, quanto a doutrina, ressaltasse os Professores Rodrigo Pironti, que fala sobre a possibilidade de limitação do licitante e a Professora Mirela Miró que debate o case da Petrobrás, como também a Professora Fernanda Schramm, que é uma defensora da *Due diligence* e finalmente os pesquisadores Franklin Brasil e Kleberon Roberto, que através de seus estudos de combate a corrupção, demonstraram como aplicar a *Due diligence*.

Ademais, um dos pontos mais singulares da pesquisa e que tornam esse trabalho mais intrigante, é quanto a interpretação da nova Lei de Licitações e Contratos, com total condução para a aplicação da *Due diligence*. Ora, a pesquisa não obteve um resultado convergente, quanto ao encontro de outras pesquisas e doutrinas, no tocante a aplicabilidade ao artigo 169, porém, também não foi divergente.

No entanto, um ponto chave neste trabalho e importante para distinguir o simples processo de habilitação versus a *Due diligence*, é de que a *Due diligence* realiza gestão de riscos e aplica matriz de riscos aos alertas, às probabilidades de ocorrências e aos impactos negativos, agora, a habilitação, prevista tanto na 8.666 como na 14.133, pura e simples, não, conforme se pode observar nos exemplos práticos, descritos na

obra de Franklin Brasil, em seu livro: *Como combater a corrupção em licitações*. Inclusive, a habilitação, de regra, aplicada na Administração Pública, se vale apenas do recebimento da documentação e informações, não havendo checagem e comparação, como o background check faz.

Ademais, vale destacar, o debate elaborado quanto a necessidade de se procedimentar o artigo 169 da Lei 14.133/2021, através de norma infralegal regulamentar, como determina o seu §1º. Ou seja, o problema já era presente, mesmo com a vigência da Lei 8.666, onde já se é possível interpretar pela necessidade de prévia diligência às contratações, como demonstrado no tópico da habilitação, julgamento da licitação e pré-qualificação dos licitantes, o que restaria necessário apenas um regulamentação infralegal.

Assim, justificou-se estender a análise sobre alguns artigos da Lei 8.666 e da nova Lei, a 14.133, por interpretá-los de maneira a executar as devidas diligências prévias a contratação, o que demonstrou indícios da necessidade de criação de procedimentos, que poderiam ser implementados pelos órgãos de controle interno, principalmente para padronizar a gestão de risco.

Outro sim, a Due diligence como análise reputacional, principalmente de mídias adversas, realiza gestão de riscos, já a habilitação, pura e simples, não. Portanto, vale reprimir que, a habilitação do fornecedor do produto ou serviço licitado, apenas lhe confere a capacitação, pois em nada é verificado quanto a sua idoneidade, reputação ou possibilidade de que, naquele processo possa estar ocorrendo uma fraude, o que no caso da Due diligence sim, se faz.

Portanto, é importante ressaltar que, a grande diferença do que a Administração Pública faz hoje e poderia passar a fazer com a Due diligence, é simplesmente Gestão de Riscos, aplicando-a como um modelo de Política Pública Anticorrupção.

Agora, quanto a possibilidade de decisões por parte da Administração Pública como: - deixar de contratar ou até mesmo rescindir contratos; fruto dos resultados de análises das Due diligences, neste a Administração Pública tem a autonomia decisória de tomar medidas acautelatórias em razão do interesse público, sendo assim, sem a necessidade receber prévia manifestação do Licitante.

E concluindo agora a respeito do Programa de Integridade, um dos pilares de sustentação do procedimento de Due diligence, vale ressaltar que sem ele a Due diligence não se estabelece, ela vira fluxo de papel, como chamam no meio de Compliance, isto é, Programas de Prateleira ou de Papel.

E apenas a título de informação, o Governo do Estado do Rio de Janeiro já possuía a época, um Programa de Integridade instituído pela Controladoria Geral do Estado do Estado do Rio de Janeiro, aliás, bem antes da Pandemia do COVID19, no entanto, a Secretaria Estadual de Saúde ainda não tinha implantado, se quer a grande maioria das Secretarias do Estado do Rio de Janeiro, como foi possível identificar nas respostas do Serviço de Informação.

Ademais, também se destaca a ausência de Lei Ordinária Federal, que obrigue a implantação de Programa de Integridade em todo e qualquer órgão da Administração Pública, incluindo todos os Poderes. Isso, lamentavelmente, gera fragilidade e insegurança jurídica, que afasta investidores e o que dificulta a implementação de modelos de gestão de riscos para controle prévio e o próprio fomento da gestão de riscos. Valendo lembrar, que para as empresas Públicas já é obrigatório, além de que, regionalmente, na seara dos Estados Brasileiros, para fornecedores em licitação, em sua grande maioria também já é obrigatório.

O trabalho todo realizado pelo Ministério Público e utilizado nessa pesquisa como delimitador e referência, possui um efeito prático, que foi o de definir quem foi preso, as empresas processadas e o mais importante, quanto em valores monetários o erário público perdeu ou deixou de perder, tudo isso fruto das demandas judiciais propostas pelo MP.

Atualmente as demandas judiciais estão em andamento, apenas uma teve sentença, porém, não julgou o mérito e o Ministério Público apelou. As demais continuam com suas tutelas em vigor, como quebras de sigilo e sequestro de bens ainda válidos, mas, ainda estão em fase de provas ou em intimações aos réus.

Ora, a Due diligence é um regulamento, é uma prática de gestão de riscos e de controle preventivo, que pela sua análise reputacional promove uma relação de Integridade, já com relação ao seu formato transparente, esta estabelece uma relação de confiança e segurança jurídica.

Não podendo deixar de mencionar, que como explicado no decorrer deste trabalho, a aplicação do Procedimento de Due diligence, deve ser precedido da sua previsão legal junto ao edital da licitação e através de normativa infralegal própria para o processo, sendo assim, ele precisa estar de forma bem transparente quanto as condições de escolha do licitante, aplicando-se assim o devido processo legal. Ademais, um ponto muito imperativo do modelo aqui sugerido é que este em nenhum momento indica a eliminação do licitante ou da licitação, não indo assim de encontro a qualquer fator que prejudique a concorrência.

Complementa-se, que a aplicação do procedimento de Due diligence, no processo licitatório de qualquer Administração Pública, como em função dele, a tomada de decisões quanto a deixar de contratar ou rescindir contratações e até mesmo impedir a participação de licitantes em concorrências, está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Já, no tocante a jurisprudência, verificou-se que esta têm decidido e conduzido os conflitos oriundos das decisões tomadas em função dos resultados da Due diligence, de forma favorável a quem as aplica. Neste ponto, a pesquisa evidenciou, que a jurisprudência atual tem trabalhado bastante em função da Petrobras e o seu sistema de Due diligence de Integridade, além de que, o próprio Judiciário tem decidido amplamente à favor da Petrobrás, inclusive ratificando as decisões da Estatal. Uma única ressalva, é que algumas decisões destacam quanto a falta de transparência do critério e metodologia de GRI da Petroleira, ou seja, de que o Grau de Riscos de Integridade não é claro quanto a definição dos seus critérios para classificação dos respectivos fornecedores, o que não pode ocorrer neste modelo sugerido por esta pesquisa, pois os critérios precisam ser sempre claros e precisos, principalmente para o cumprimento do princípio da Segurança Jurídica.

A investigação analisou se tais contratações passaram por algum modelo de Due diligence prévia ou se passou apenas por uma fiscalização padrão, como os procedimentos de Habilitação, qualificação e julgamento.

Pois bem, com relação as empresas testadas no modelo Due diligence aplicado, como foi possível evidenciar, estas possuem vasto histórico reputacional em outras investigações por corrupção e lavagem de dinheiro, o que denota a classificação de risco

delas para contratação, em ALTO, justamente por não se fazer possível mitigar tais riscos de integridade.

Desta forma, tais aplicações testadas, pelo modelo mencionado, aos casos investigados, aqui descritos, mostrou que os ALERTAS ou “red flags” daquelas contratações, já eram evidentes à época, portanto, caso as medidas de gestão de risco da Due diligence, tivessem sido aplicadas ao processo licitatório, provavelmente tais contratações não teriam sido realizadas.

Em razão disso, fez-se necessário inovar o estudo do Compliance Público e a maneira em que ele é utilizado preventivamente pela Administração Pública.

A Due diligence prévia à contratação, com a análise reputacional da contraparte pela Administração Pública, como Política Pública Anticorrupção e modelo de controle interno de licitações, é a inovação que precisa ser implantada na fase de licitação do órgão público, mas, previamente à contratação ou qualquer outra fase que viabilize a tomada de decisão, como inclusive, a não contratação.

Assim, a falta de análise prévia dos perfis reputacionais dos licitantes e de seus sócios, nas contratações para o COVID19, realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio, deixou de identificar histórico de irregularidades e fraudes. Este contexto, foi determinado, fruto do trabalho de busca junto as Ações Civas Públicas, e de identificar os pontos de coesão, que com as Due diligences, naturalmente também se identificaria, o que foi demonstrado, nos tópicos de comparação do modelo com as investigações do MP.

E foi nesse sentido, que o problema que envolveu a pesquisa e se pode responder com este estudo é: A aplicação em forma de teste, do modelo de Due diligence apresentado, à época da licitação dos casos investigados pelo MP, já evidenciariam os alertas de risco iguais aos subsídios de investigação do MP? Sim.

As medidas mitigadoras deste modelo, seriam plenamente aplicáveis ao processo licitatório da SES? Sim.

A título de exemplo, vale comentar que, na aplicação do modelo de Due diligence, na primeira das 18 (dezoito) empresas investigadas pelo MP, se identificou resultados bastante elucidativos, isto é, a aplicação do modelo, trouxe em seus

resultados de análise, *red flags* (alertas de risco) que o Ministério Público não detectou em sua investigação, além de subsídios de fraude nas contratações que o MP já havia detectado, portanto, se conclui que tais subsídios de fraude já seriam evidentes à época da contratação pela SES, ou seja, se as contratações investigadas tivessem passado pelo procedimento de Due diligence, com os red flags detectados e as medidas mitigadoras aplicadas no contrato e na operação, os impactos da crise da saúde de 2020 poderiam ter tido outros resultados.

Pois bem, com isso, também se espera ter respondido que, se a crise do covid19, na secretaria de Saúde do Estado do Rio, poderia ter sido atenuada com a implantação do modelo de Due diligence prévia as contratações? O que foi possível entender, que essa questão é impossível de responder, porém, sem sombra de dúvidas, a total falta de *gestão de riscos* e governança, no modelo de contratação da Secretaria de Saúde a época, contribuiu muito para a crise que se deu.

Ou seja, a pesquisa ao apresentar um modelo de Due diligence prévia, como possibilidade de instrumento de controle interno para a máquina pública, coordenado por um Programa de Integridade, no qual pode ser interpretado como um modelo de Política Pública Anticorrupção, não têm o condão de prevenir ou evitar a corrupção, ilegalidades ou fraudes nas contratações públicas, mas, apenas de fazer a *gestão de riscos*.

O que se conclui, é que o controle interno efetivo e a gestão de riscos, são as soluções para a Administração Pública mitigar suas perdas com fraude em contratações. Sendo assim, a aplicação de um modelo de Due diligence prévia à contratação, como Política Pública Anticorrupção, mudaria a forma de enxergar a integridade na Administração Pública, ganhando-se maior relevância como medida preventiva, através do modelo de *Due diligence prévia à contratação*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRETTI, S. A legalidade do DDI – *Due diligence* de Integridade da Petrobras com base na doutrina da Multi-level governance. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7, n. 2, p. 157-174, outubro 2021.

ALVES, Cristina Jesus da Rocha. **A pertinência da *Due diligence***: questões subjacentes no processo negocial. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão), Faculdade de Direito, Escola do Porto, 2019.

BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Análise dos programas de integridade no setor público brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública e Cooperação Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública e Cooperação Internacional, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

BENSINGER, Ken. **Cartão Vermelho**: como os dirigentes da Fifa criaram o maior escândalo da história do esporte. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

BORGES, João. Petrobras cancela contrato de gás com a Ambar, do grupo J&F. **G1**. Brasília, jun. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/blog/joao-borges/post/petrobras-cancela-contrato-de-gas-com-ambar-do-grupo-jf.html>. Acessado em 22.03.2022.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. A lei nº 14.065/2020 e o novo cenário das contratações públicas. **O licitante**, 2020. Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/lei-14065-20-novo-cenario-contratacoes-publicas>. Acesso em 08/01/2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual direito administrativo**. 35. ed. Barueri, SP: Atlas, 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas**: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

CERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance Descomplicado**: Um guia simples e direto sobre Programas de *Compliance*. *Online*: Publicação independente, 2016.

DANTAS, Paulo Henrique Spirandeli; CORREIA, Bianca Soares Silva. Empresa com ‘alto risco de integridade’ fica fora de licitação da Petrobras. Questão vira celeuma judicial. **JOTA**. São Paulo. Nov. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/empresa-com-alto-risco-de-integridade-fica-fora-de-licitacao-da-petrobras-05112018#:~:text=A%20Conv%20Refe%20C3%A7%20B5es%20emp%20do,de%20Risco%20de%20Integridade%20%E2%80%93%20GRI>. Acessado em 22.03.2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 19. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitucion. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 4, n. 10, janeiro-abril, 1984.

FACCI, Lucio Picanço. A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico Administrativas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 197-229, janeiro/fevereiro/março, 2011.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: Do Projeto de Pesquisa à Banca**. 3. ed. Curitiba: Editora Sapiens, 2014.

FRANCO, Isabel. **Guia Prático de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FTCOVID-19/MPRJ. **Boletim informativo da Força Tarefa de atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento a COVID-19**. Por Ato do Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, mediante edição da Resolução GPGJ n.º 2.335 de 07/04/2020.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. 4.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LAMBOY, Christian K. de (Coord.). **Manual de Compliance. Economia, Ética empresarial e Programas de Compliance**. São Paulo: Via Ética, 2018.

MACIEL, Ricardo; SEYR, Isabela. **Due diligence e M&A: fusões e aquisições**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 10 artigos sobre controle da Administração Pública assinados por grandes juristas. *In: 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública*. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Celso 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

OCDE. **Avaliação da OCDE Sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: Gerenciando Riscos por uma Administração Pública**

Íntegra. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para Implementação de Programas de Integridade Pública:** Orientações para o setor Público. Brasília, julho de 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acessado em 22.03.2022.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública:** Orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, abril de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>. Acessado em 22.03.2022.

OLIVEIRA, Samuel Menezes. **Regularização Fundiária Urbana:** teoria, aspectos práticos, proteção ambiental e *compliance* no processo de regularização fundiária. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A exigência de *compliance* e Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações. In: IWAKURA, Cristiane; MIRANDA, Rodrigo; SILVA, Vládia. **Governança e Compliance no Setor Público:** Desafios e Perspectivas Londrina, PR: Thoth, 2022.

OLIVEIRA FILHO, Eduardo Langoni de. **Compliance nas contratações públicas:** análises sob os aspectos concorrenciais e anticorrupção. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

ROST, Maria Augusta; TONIN, Mayara Gasparoto. TCU dita a legalidade do Grau de Risco de Integridade em licitações. **JOTA**, São Paulo. Ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/tcu-dita-a-legalidade-do-grau-de-risco-de-integridade-em-licitacoes-05082021#:~:text=4%C2%BA%20do%20seu%20Regulamento%20de,em%20normas%20internas%20da%20Companhia%E2%80%9D>. Acessado em 22.03.2022.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Curso de Direito Administrativo. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

SADDY, André. **Curso de direito administrativo brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

SALOMÃO, Luiz Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações:** Detecção de Prevenção de Fraudes. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. O controle das contratações públicas e a nova lei de licitações: o que há de novo? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3. p. 182-204, 2021.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações Públicas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

SEVENIUS, ROBERT. **Om “Due diligence”** — företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt. Robert Sevenius är jur. kand. och ekon. lic. Verksam vid bl.a. Juridiska institutet på Stockholms universitet och Avantus Corporate Finance. Under arbetet med artikeln har Jon Kihlman, Annika Melin Jakobsson, Niklas Nordh och Catarina af Sandeberg agerat bollplank och kritiker. Suécia: SvJT. 2007.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de Compliance: uma breve discussão. São Paulo: LEC Legal Ethics Compliance, 2016.

SHUTTER, O. *et al.* **Human Rights Due diligence: The role of States**. **Static1**, December 2012. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58671817d2b857fd0d141820/148315>

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Programa de Pós-Graduação em Sociologia – UFRGS, n. 16, jul. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Acessado em 22.03.2022.

SOUZA, Fernanda Nunes Lana e. *Due diligence* na contratação de terceiros: ferramenta necessária para a boa governança corporativa nas empresas privadas? **RFID**, São Paulo, v. 2, n. 1 p.105-117, ago.-dez. 2020.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva. 2020.

TERGOLINO, Gustavo Ribeiro. Policy paper: política pública de capacitação do servidor em compliance público. **Revista JML de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 16, n. 63, p. 28-42, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165723>

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo a adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance no Setor Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson - coordenação. **O Direito Administrativo do Pós-Crise [recurso eletrônico] /D598**. Curitiba: Íthala, 2021.

Verificador de Plágio:

<https://www.grammarly.com/report?alerts=NoXSA&page=plagiarism&breadcrumbs=true> (Nenhum plágio encontrado)

<https://app.copyleaks.com/pt/dashboard/v1/account/scans/y7uca97sw3976wxe/report?viewMode=one-to-many&contentMode=html&sourcePage=1&suspectPage=1> (Nenhum plágio encontrado)

APÊNDICE A

Pesquisa acadêmica para o PPGE da UNIRIO - Trabalho sobre as *Due diligence* no âmbito das contratações públicas.

QUESTIONÁRIO DA PESQUISA - Mestrado em Direito – UNIRIO

Pesquisa acadêmica para o PPGD da UNIRIO - Trabalho sobre as *Due diligence* no âmbito das contratações públicas

1 mensagem

Gustavo Ribeiro Tergolino <gustavotergolino@edu.unirio.br> seg, 10 de jan de 2022 às 20:32

Para: controladoria@cge.rj.gov.br

Olá, bom dia

Meu nome é Gustavo, sou discente do Mestrado em Direito da UNIRIO e estou fazendo uma pesquisa com as 27 unidades federativas.

Meu trabalho se institui na formulação de uma política pública anticorrupção, criando um modelo ideal de gestão de riscos e controle preventivo em Licitações e Contratos. A ideia é demonstrar que a *Due diligence* previa a contratação de serviços ou produtos, pode evitar a ocorrência de fraudes e corrupções em contratações públicas.

Neste sentido, como a Lei da transparência, além de todos grandes benefícios que ela trouxe, ela também veio auxiliar em muito os trabalhos científicos, principalmente aqueles que são utilizados para a melhora na execução e criação de políticas públicas, para tanto, venho encarecidamente lhes solicitar que respondam o seguinte questionário:

1- Os órgãos da administração pública desta federação ou essa controladoria, em benefício deles, realiza *Due diligence*/ prévia diligência/ devida diligência ou diligência apropriada, dos licitantes, seus sócios e administradores ou dos licitantes e seus sócios apenas/ apenas dos licitantes e seus administradores/ apenas dos licitantes / apenas dos sócios ou somente dos administradores, antes da contratação ?

SIM () ou

NÃO ().

1.1- Se SIM, realizam *Due diligence*, OK, se NÃO, pretendem passar a fazer?

SIM () ou

NÃO ().

1.2- Se SIM, realizam *Due diligence*

() realizam em 100% das contratações da Unidade Federativa ou

() apenas em grupo selecionado de contratações, com base em critérios definidos internamente pela administração pública.

1.3- Se SIM, realizam *Due diligence*

() Em 100% dos órgãos ou entidades desta unidade Federativa, é realizado a *Due diligence* prévia às contratações, ou

() apenas um grupo de órgãos ou entidades, realiza *Due diligence* prévia às contratações, ou

() apenas um órgão ou entidade, realiza *Due diligence* prévia às contratações.

1.4- Se SIM, realizam *Due diligence*

() solicitam as licitantes que façam autodeclarações de NÃO Conflito de Interesses, ou

() solicitam as licitantes que façam autodeclarações de qualquer outro tipo, nessa fase de *Due diligence*, ou

() não solicitam as licitantes que façam autodeclarações.

1.5- Se SIM, realizam *Due diligence*

() E quando identificado alertas importantes quanto aos licitantes ou de seus integrantes, comunicam tais alertas e sugerem a administração responsável pela contratação, medidas de eliminação, mitigação ou atenuação de riscos, ou

() quando identificado alertas importantes, Não sugerem medidas, apenas comunicam aos responsáveis pela contratação quanto aos alertas detectados na *Due diligence*, ou

() Não, nada fazem.

1.6- Se SIM, realizam *Due diligence*

-Quantas foram realizadas no ano de 2020, pela respectiva Unidade Federativa?
()

-Quantas foram realizadas no ano de 2019, pela respectiva Unidade Federativa?
()

-Quantas foram realizadas no ano de 2018, pela respectiva Unidade Federativa?
(_____)

1.7- Se SIM, realizam *Due diligence*

-Quantas das realizadas no ano de 2020, gerou a implementação de medidas contratuais ou de controle, que eliminasse, mitiguem ou atenuassem o risco detectado na *Due diligence*? (_____)

-Quantas das realizadas no ano de 2019, gerou a implementação de medidas contratuais ou de controle, que eliminasse, mitiguem ou atenuassem o risco detectado na *Due diligence*? (_____)

-Quantas das realizadas no ano de 2018, gerou a implementação de medidas contratuais ou de controle, que eliminasse, mitiguem ou atenuassem o risco detectado na *Due diligence*? (_____)

1.8- Se SIM, realizam *Due diligence*

-Quantas das realizadas no ano de 2020, foram identificados alertas importantes quanto aos licitantes ou de seus integrantes e essa ação gerou a sua não contratação ? (_____)

-Quantas das realizadas no ano de 2019, foram identificados alertas importantes quanto aos licitantes ou de seus integrantes e essa ação gerou a sua não contratação ? (_____)

-Quantas das realizadas no ano de 2018, foram identificados alertas importantes quanto aos licitantes ou de seus integrantes e essa ação gerou a sua não contratação ? (_____)

No mais, agradeço muito a resposta no prazo mais exíguo possível, sabedores que tal resposta beneficiará a realização do trabalho, que irá propor melhores medidas as administrações públicas, no combate a corrupção.

Att,

Gustavo tergolino

+5521 995409752

CADERNO DE ANEXOS