

Brandão e Campos: Compliance e contratos

11/04/2022

De acordo com o relatório "*Intangible Asset Market Value*" de 2020 publicado pela *Ocean Tomo* [1], os ativos intangíveis de uma empresa são responsáveis por 90% de seu valor de mercado. Em 1975, esse percentual era de apenas 17%. Assim, tem-se a comprovação do quanto *compliance*, integridade, governança e reputação se tornam cada dia mais relevantes e decisivos no mundo corporativo e nas relações que se constroem entre pessoas físicas e jurídicas.



Vivencia-se, atualmente, era marcada por economia de

mercado complexa e sociedade que exige cada vez mais transparência nas práticas corporativas, e engajamento em temas não tradicionalmente explorados, como o *compliance*. E quando se fala em práticas voltadas para esta matéria, é impossível não fazer uma conexão com o Direito, já que este se propõe a garantir conformidade legislativa por meio da aplicação dos preceitos e dos princípios jurídicos. Assim, não obstante o Direito ser ciência tradicionalista que historicamente buscou resolver as controvérsias jurídicas e os conflitos sociais por meio do confronto judicial, o que se observa atualmente é um Direito focado em uma atuação preventiva e proativa, na qual se prioriza antever riscos e antecipar tendências.

Dessa forma, faz-se cada vez mais essencial a aliança entre *compliance* e Direito, sendo os contratos importantes ferramentas de prevenção e controle de riscos, já que marcam o início de basicamente todas as relações estabelecidas nas empresas e, exatamente por isso, devem prever cautelosamente as regras que irão reger aquela relação e os deveres e responsabilidades das partes. Há que se ponderar, todavia, que o processo de contratação vai muito além de se redigir cláusulas em um papel, ele se inicia em etapa anterior, quando a organização está escolhendo com quem se vinculará juridicamente e estará legal e reputacionalmente associada, especialmente nos casos em que há representação da contratante pela contratada perante terceiros (notadamente perante a Administração Pública).



Especialmente devido ao cenário histórico (e infelizmente contínuo) de corrupção Brasil [2], é difícil não se preocupar com questões de corrupção e empenhar todos os esforços para cercar a contratação de empresas que sejam consideradas inidôneas ou antiéticas.

Apesar de muitas empresas multinacionais que operam no Brasil já serem obrigadas a atenderem legislações anticorrupção e antissuborno estrangeiras, com o advento da Lei Anticorrupção brasileira (Lei 12.846/2013) [3] e o aumento da relevância da atuação preventiva e proativa das empresas em termos de *compliance*, a *due diligence* de terceiros se reforçou como uma prática necessária, visando prevenir e mitigar riscos. Ampliando-se o olhar, esse processo permite que a empresa realize uma análise dos riscos reputacionais e de integridade, aos quais estará exposta caso contrate determinado terceiro [4].

Ao se realizar uma *due diligence* de integridade, é essencial que haja classificação dos terceiros para que, quanto maior o risco, mais aprofundada seja a análise [5]. Para exemplificar, parceiros comerciais que atuam como intermediários oferecem um risco reputacional mais elevado.

Uma vez identificado algum sinal de alerta na *due diligence*, não necessariamente haverá a recusa em contratar aquele fornecedor — é nesse momento que a área de *Compliance* precisa agir de forma estratégica, analisando o grau de criticidade desses pontos de atenção e relacionando-os com os riscos atrelados. Muitas vezes é necessário ir à fundo e contar com uma análise multidisciplinar, acionando os times Ambiental, Fiscal e/ou Jurídico. Ainda, casos mais críticos devem sempre ser escalados internamente, para que a alta administração seja diretamente envolvida na tomada de decisão.

Depois de esclarecidos todos os pontos, caso a empresa decida seguir com aquele parceiro, é essencial que a área de *compliance* (e demais times envolvidos) emitam medidas de controle visando mitigar aqueles riscos. Ou seja, não é porque a contratação foi aprovada que não há recomendações *compliance* a serem seguidas pela área responsável pela gestão do terceiro. Para que haja efetividade, é essencial *follow-up* periódico com as áreas de negócio, a fim de confirmar se tais ações estão sendo de fato implementadas. Apesar de não ser nada fácil, esse procedimento traz a robustez necessária ao processo que deve ser "vivo".

Nesse cenário, tem-se que uma importante ação é a inserção de cláusulas contratuais robustas que regulamentem as regras sobre anticorrupção e antifraude na relação entre as partes, e que cerquem da maneira mais efetiva e transparente possível, comportamentos que possam vir a ser considerados como violações sob o aspecto de *compliance*.

Há que se observar que o contrato é instrumento que traduz a vontade das partes, e no qual tem-se, em regra e com as devidas proporções, liberdade para determinar seus termos e condições. Assim, considerando que estes instrumentos visam formalizar a manifestação de vontade das partes, nasce neles valiosa oportunidade de impor regras e penalidades envolvendo questões de *compliance*.

Além disso, existem pontos de atenção que devem ser especialmente analisados pelas partes na formalização de instrumento contratual, sendo alguns deles: (1) não ceder a uma limitação de responsabilidade para práticas de corrupção; (2) aplicar penalidades não compensatórias



severas em violações envolvendo o tema e; (3) determinar a possibilidade de rescisão motivada do contrato em episódios de corrupção e/ou fraude ou mesmo suspeita de. Todos esses elementos no contrato servirão como fatores efetivos de minimização de riscos para os contratantes, bem como demonstrarão a intolerância em relação à prática de atos que violem as premissas acordadas.

Após a celebração do contrato, inicia-se importante etapa de gestão do fornecedor, já que um instrumento bem redigido não consegue, por si só, identificar irregularidades que eventualmente ocorram. Assim, a área de *compliance* deve monitorar continuamente os parceiros comerciais (especialmente os de maior risco), e a área de negócio — com apoio do Jurídico — precisa estar atenta não apenas à entrega do serviço (ou material/produto) contratado, mas também à postura do terceiro.

Muitas vezes as práticas antiéticas ocorrem de forma implícita ou velada, e os times das áreas de negócio precisam compreender seu papel e saber como agir diante dessas situações, endereçando ocorrências e suspeitas rapidamente à área de *compliance* — reforça-se aqui a necessidade das empresas terem times acessíveis, canal de denúncias confiável e treinamentos que esclareçam à tais áreas quais as condutas esperadas, não toleradas, e qual o tipo de postura/ação se requer em diferentes tipos de situações.

Caso seja identificada uma irregularidade — por meio de uma investigação interna, por exemplo —, que requeira o encerramento contratual por descumprimento da cláusula de integridade, é recomendável a aplicação das penalidades previstas e que a rescisão ocorra motivadamente — o que parece óbvio, mas nem sempre é o que acontece. Ainda que cada empresa tenha sua estratégia de atuação, encerrar um contrato de forma imotivada (sem que a outra parte precise arcar com todas as consequências do desvio apurado) é diminuir a gravidade de violações dessa natureza. Por isso, reforça-se a importância de que haja especial atenção na fase pré-contratual, durante a gestão do contrato e em seu encerramento, independente da natureza e valor da operação.

Por fim, e retomando o exposto no início deste artigo, vale lembrar que apesar das constantes mudanças na economia de mercado e na forma de se fazer negócios, uma premissa se mantém: o alto grau de admiração e confiança dos empregados, sociedade e *stakeholders* em relação a uma empresa só existe de forma genuína se, dentre outros: (1) ela for protagonista em questões relacionadas à ética, integridade e demais frentes de *compliance*, e (2) agir, na prática, com controles efetivos e alto grau de intolerância à desvios dessa natureza, o que pode ser também realizado por meio de contratos bem redigidos e geridos.

[1] <https://www.oceantomo.com/thank-you-for-downloading-1/>

[2] <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>: segundo a pesquisa, o Brasil ocupa a posição 96 no índice de percepção de corrupção.

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm



[4] Nota das autoras: Sabe-se que compliance na contratação de terceiros vai muito além da *due diligence* e gestão de terceiros, mas para fins de recorte esse é o tema a ser tratado no presente artigo.

[5] https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2022/04/WEF_PACI_ConductingThirdPartyDueDiligence_Guidelines.pdf

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-abr-11/brandao-campos-compliance-contratos/>